

العثماني كتابتون

معين القضاة الزماني معين القضاة والملفتين

لجنة القضاة المحترمة
شمس الحق الأفغاني

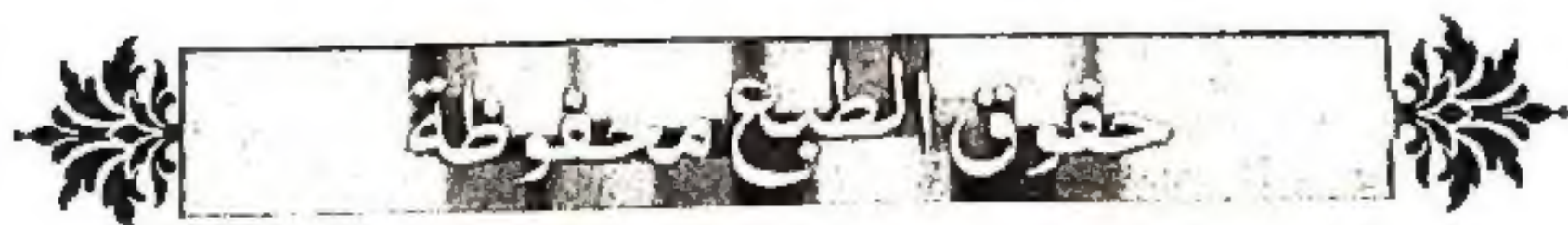
مفتي غلوك عليه
الشيخ القضاة
عبد الحكيم الحقاني

مفتي غلوك عليه
الشيخ القضاة

الكتاب : معين القضاة والمفتين
المؤلف : العلامة شمس الحق الأفغاني
المحقق : الشيخ عبد الحكيم الحقاني
الطبعة الأولى : محرم الحرام، ١٤٤٢هـ - أغسطس ٢٠٢٠م
عدد الصفحات : ٣٥٠



مكتبة ذكوان الخلفاء الشريعة



دار البحث والتحقيق ونشر الكتب

الجوال : ٩٢٢٤٩٢٠٩٣٣٢-٠٠٩٢

البريد الإلكتروني:

haFizmaiwandi@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

التقريظ

لفضيلة الشيخ زعيم الإمارة الإسلامية الأفغانية أمير المؤمنين شيخ الحديث والتفسير الحاج مولوي هبة الله - حفظه الله تعالى.

الحمد لله وكفى وسلام على عباده الذين اصطفى.

أما بعد: فإن للقضاء أهمية في تحقيق العدالة التي أمر بها الله تبارك وتعالى وقد أدرك أهميته علماء الشريعة فتحولوا مسائل القضاء وميزوها من المباحث الجزئية التي يتناولها الفقه الإسلامي إلى علم مستقل فصنفوا فيه الكتب.

فمنها: كتاب معين القضاة والمفتين لحضرة العلامة الإمام الفهامة عمدة المتكلمين وزبدة الفقهاء والمفسرين مولانا الشيخ شمس الحق الأفغاني وزير المعارف في الولايات المتحدة البلوجستانية.

وقد زاد ثمراته وفوائده بزيادة تحقيقه وتعليقه لمولانا شيخ الحديث والتفسير مولانا عبد الحكيم الحقاني - أدام الله تعالى ظله العالی - فقد طالعت بعض مواضع تحقيقه وتعليقه فوجدته كافلاً لعدالة القضاة في أحكامهم إن راعوا مسائله في قضاياهم وهذا العلم هو الحكمة وقد قال الله تعالى: {وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا} [البقرة: ٢٦٩].

قيل: هو العلم بالقضاء، وقيل: هو الفصل بين الخصوم. (الدرة الغراء في نصيحة القضاة والأمراء ج ١ ص ٢٥٢).

ولقد أفاد شيخنا شيخ الحديث مولانا عبد الحكيم صاحب بتأليف هذا الشرح المنيف للناس وصان علمه عن الضياع وفقه الله تعالى لما يحبه الله تعالى ويرضاه وجعل الله تعالى شرحه نافعا للناس آمين ثم آمين. وقال ربعة: لا ينبغي لأحد عنده شيء من العلم أن يضع نفسه . رواه

البخاري، وفي بعض النسخ: "يضيع" بدون أن، معناه بأن لا يفيد الناس ولا يسعى في تعليم الغير، وقد قيل: ومن منع المستوجبين فقد ظلم. (عمدة القاري على صحيح البخاري ج ٢ ص ٨١).
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن من أشراط الساعة أن يرفع العلم ويثبت الجهل ويشرب الخمر ويظهر الزناء.

عن عبد الله بن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله عز وجل لا يقبض العلم انتزاعاً ينتزعه من العباد، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء حتى إذا لم يبق عالماً اتخذ الناس رؤساء جهالاً، ليسألوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا. رواه البخاري.

وبين هذا الحديث أن المراد برفع العلم هنا قبض أهله، وهم العلماء لا محوه من الصدور، لكن بموت أهله واتخاذ الناس رؤساء جهالاً، فيحكمون في دين الله تعالى برأيهم ويفتون بجهلهم.

قال القاضي عياض: وقد وجد ذلك في زماننا كما أخبر به عليه الصلاة والسلام. قال الشيخ قطب الدين: هذا قوله مع توفر العلماء في زمانه فكيف بزماننا الذي خلت البلاد عنهم وتصدت الجهال بالإفتاء والتعين في المجالس والتدريس في المدارس؟ فنسأل السلامة والعافية. (عمدة القاري على صحيح البخاري ج ٢ ص ٣٨).

وسئل سفيان بن عيينة عن فضل العلم فقال: ألم تسمع قوله تعالى حين بدأ به فقال: {فَاعْلَمْ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَاسْتَغْفِرْ لِذَنْبِكَ} [محمد: ١٩]، فأمره بالعمل بعد العلم. (عمدة القاري على صحيح البخاري ج ٢ ص ٣٩).

وينبغي للقاضي أن يتقي الله تعالى، ويقضي بالحق، ولا يقضي لهوى يضل به، ولا لرغبة يعزه، ولا لرهبة يزجره، بل يؤثر طاعة ربه على رضا خلقه، فيتبع الحكمة وفصل الخطاب. (الدرة الغراء في نصيحة القضاة والأمراء ج ١ ص ٢٥٢) متى يصير أهلاً للقضاء، أو متى يجب عليه القضاء؟.

ولال الحسن: أخذ الله على الحكام أن لا يتبعوا الهوى ولا يخشوا الناس ولا يشتروا بآياته ثمنا
 للبلاء، ثم قرأ {بَلْ هُمْ الْبُزْمُ مُتَسَلِّمُونَ} [الصافات: ٢٦] وقرأ {إِنَّا الزُّكَا الثُّورَاةَ لِبَهَا هَذَى
 وَتُورَ نَحْكُمُ بِهَا الثُّيُونَ الَّذِينَ اسْتَلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّهَابُونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتَحْبَطُوا مِنْ كِتَابِ
 اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُفَعَاءَ لَمَّا أَخَشَتْهُ النَّاسُ وَآخَشُونِ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ
 بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ} [المائدة: ٤٤] وقرأ {وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي
 الْخُرَّتِ إِذْ نَفَخْتُ فِيهِمْ غَمِّ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (٧٨) فَفَقَّهْتَاهَا سُلَيْمَانُ وَكُنَّا أَبْنَا
 حُكْمًا وَعِلْمًا وَنَحْرًا مَعَ دَاوُدَ الْجَبَالُ يُسَبِّحْنَ وَالطُّبَرُ وَكُنَّا لَعَالِينَ} [الأنبياء: ٧٨، ٧٩]،
 لحمد سليمان ولم يلم داود، ولو لا ما ذكر الله من أمر هذين لرأيت أن القضاة هلكوا، لأنه أُلِيَ
 على هذا بعلمه، وعذر هذا باجتهاده. رواه البخاري.

حبيب ربه الله عز وجل رجب المرجب ١٤٣١ هـ

زمونر د تلگرام <https://t.me/joinchat/AAAAAFIBZ91cB6-lJlt0bQ>
 چينل



بريشناي كوني همت فاريابي

0093785558883 ابو محمد حقاني

0093783776284 ابو شير احمد فاريابي

00923168533506

ترجمة المحقق

اسمه ونسبه:

هو الشيخ عبد الحكيم بن الشيخ العلامة المحدث الكبير خدايداد الشهير بـ «حاجي ملا صاحب» بن شير محمد بن محمد جان بن سعد الله خان بن سيد محمد خان - غفر لهم الله تعالى - الحقاني الأفغاني القندهاري البندتموري المنسوب إلى قبيلة مشهورة «إسحاق زئي».

ولادته:

ولد في قرية «تلوكان» من مضافات «بنجواني» كندهار أفغانستان سنة ١٣٣٦ هـ في بيت الستر والدين. نشأته العلمية:

والده أحد من علماء الدين وفقهاء الشرع المعروفين في عصرهم، فقرأ القرآن الكريم، والفارسيات، والنحو، والصرف، والهيئة، والحكمة، والمنطق، والفلسفة، والبلاغة، والميراث، والعقائد، والفقه، وأصول الفقه، وبعض الكتب من التفسير عند والده، ثم ارتحل إلى «زابل» سنة ١٣٥٥ هـ فقرأ هنا عند الشيخ عبيد الله اخوند زاده - رحمه الله - الكتاب المعبر في البلاغة للفتازاني «المطول».

ثم ذهب لتلقي الأحاديث الشريفة والفنون الباقية إلى الجامعة دار العلوم الحقانية، الواقعة في أكوره ختك من مضافات «بشاور» باكستان سنة ١٣٥٦ هـ ١٩٧٧ م.

وأخذ العلم من كبار شيوخ الحقانية كالشيخ العلامة المحدث عبد الحق والشيخ عبد الحلیم الزروبوي والشيخ المفتي الأعظم محمد فريد والشيخ محمد علي السواني وغيرهم - رحمهم الله تعالى.

قال الشيخ: وقرأتُ فيهما على العلامة الشيخ عبد الحق الباني لدار العلوم الحقانية بعض جامع الترمذي، وقرأتُ على الشيخ المفتي محمد فريد الطرف الأول من الجلالين، والأول من صحيح البخاري، والأول من جامع الترمذي، وسنن أبي داود، وقرأتُ على العلامة عبد الحلیم الزروبوي صدر المدرسين تفسیر البيضاوي، والطرف الثاني من صحيح البخاري، والصحيح المسلم، وقرأتُ على الشيخ مولنا سمیع الحق الطرف الثاني من الجلالين، و الطرف الثاني من جامع الترمذي، وشمائل الترمذي، وقرأتُ على مولنا محمد علي السواني شرح معاني الآثار للطحاوي، والطرف الثالث والرابع من الهداية، وقرأتُ على فضل المولى مشكوة المصابيح. وتخرج منها في عام ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م ونال الشهادة العالمية بدرجة امتياز.

وبعد أن أكمل الشيخ دراسته في أكوره ختك عاد إلى «زيارت» من مضافات بلوشستان وقرأ هنا عند الشيخ جان محمد - رحمه الله - تفسير القرآن الكريم في شعبان ورمضان من تلك السنة.

مناصبه التدريسية:

بدأ الشيخ مرحلة التدريس في المدارس المختلفة، قال الشيخ في بيان التدريس: «لقد بدأت تدريس الكتب المروجة في مدارس مختلفة في بلوشستان كمدرسة تدريس القرآن كربلا ومظهر العلوم شالدره ونور المدارس

لحركة انقلاب إسلامي أفغانستان، ثم بعد خروج الروس من أفغانستان ونقض حكومة الخلق رحلت إلى أفغانستان وشرعت الدرس في قرية «تلوكان» المولدة لي ودرست فيها سنتين: درست في السنة الأولى الدورة الموقوفة عليها وفي السنة الثانية دورة الحديث، ثم رحلت إلى قرية «سنجين» من قرى هلمند ودرست فيها دورة الحديث، ثم انتقلت إلى قندهار (بناء على رغبة أمير المؤمنين الملا محمد عمر المجاهد) ودرست في المدرسة الجهادية المركزية للإمامة الإسلامية ثلاث سنين.

وعند ما بدأت الولايات المتحدة وحلفاؤها الحرب على أفغانستان في عام ٢٠٠٢م انتهى حكومة طالبان وبدأ الظلم والاضطهاد في كل مكان، واضطر جميع الناس إلى الهجرة، فهاجر الشيخ إلى باكستان واستقر في كويتا وبدأ التدريس هنا في الجامعة الحقانية شارع محمد خير، والجامعة الإسلامية شارع حاجي غيبي كويتا. وبعد فقد أسس الجامعة دار العلوم الشرعية سنة ١٣٩٦هـ ٢٠٠٣م في إسحاق آباد كويتا ودرس فيها الأحاديث النبوية أربعة عشر عامًا، ثم اضطر إلى ترك الدرس من مظالم الأمريكين وأعوافهم حتى لا يستطيع أن يخرج إلى المسجد للصلاة بالجماعة؛ لأنه كان رئيسا للإدارة العالية لحاكم الإمارة الإسلامية الأفغانية، وشرع في التأليف والتدوين لصنف كتب كثيرة في مدة قليلة، فمنها الكتب الآتية:

مؤلفاته:

- ١- زاد المحتاج في تحقيق المنهاج، الذي صنفه العلامة المفتي محمد فريد -رحمه الله تعالى- على المجلد الأول من جامع الترمذي (٥ مجلدات).
 - ٢- زاد الشرعي على المجلد الثاني من جامع الترمذي (٥ مجلدات).
 - ٣- زاد المحافل في شرح الشرائع.
 - ٤- مجموعة الرسائل، المشتملة على ست عشرة رسائل.
 - ٥- روضة القضاء.
 - ٦- تحفة النظام في تاريخ القضاء في الإسلام.
 - ٧- تحقيق معين القضاة والمفتين.
 - ٨- زاد المعاد في مسائل الجهاد (بلغة البشت).
 - ٩- طريق الفضل في مسائل الغنمة، والفى والنفل.
 - ١٠- طريق الجنة في مشروعية العمليات الاستشهادية.
- ونسأل الله عز وجل أن يعم فيوض والدي إلى أنحاء العالم، وأن ينابيع العلم والعرفان من ذويه إلى يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، والله سبحانه ولي التوفيق.
- كتبه: عبد الغني الميوني

مقدمة التحقيق والتعليق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أحمد الله تبارك وتعالى وأستعينه، وأستهديه، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد، وعلى آله، وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن الشريعة الإسلامية وسائر الشرائع الإلهية، قد جاءت لتحقيق مصالح الناس، ولا شك في أن وجود القضاء في المجتمع الإنساني، هو إحدى الوسائل المحققة لهذه المصالح، فيه تحمي الحقوق وتضام عن الانتهاك، ويزال بوساطته تعدي الناس بعضهم على بعض، وهو أحد المناصب العظيمة التي تحقق العدل وتمنع الظلم، وترسي الحق، والعدل هو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، قال تبارك وتعالى: {لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ} [الحديد-٢٥].

والقضاء وسيلة من أعظم وأسمى وسائل تحقيق العدل بين الناس، تحقيقه بينهم في العلاقات الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية وكل نشاط من أنشطة الحياة بين الأفراد والدول، سواء أكانت هذه العلاقات بين المسلمين أم بينهم وبين غيرهم، ولمكانته السامية الجليلة تولاه الرسل فحكموا بين الناس، وولوه غيرهم، قال تبارك وتعالى: {يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ} [ص-٢٦].

وقال -عز وجل- لرسوله -محمد- صلى الله عليه وسلم: {قُلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا} [النساء-٦٥].

وقد ثبت أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- بعث القضاة إلى النواحي، فبعث معاذ بن جبل إلى اليمن، وعتاب بن أسيد إلى مكة.

وحكمته: أن في القضاء بالحق إظهار العدل الذي به بقاء السموات والأرض، ودفع الظلم الذي به خراب الدنيا، وهو ما يدعو إليه عقل كل عاقل، وبه إنصاف المظلوم من الظالم، واتصال الحق إلى المستحق، وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر، ولأجله بُعث الأنبياء والرسل - صلوات الله تعالى عليهم - قال الله تعالى: {إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ} [النساء-١٠٥].

وفضله: أنه قد رغب فيه رسو الله - صلى الله عليه وسلم -، روى البخاري عن عبد الله بن مسعود - رضي الله تعالى عنه - قال: قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: " لَا حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ: رَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ مَالًا فَسَلَّطَ عَلَى هَلَكَةٍ فِي الْحَقِّ، وَرَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ الْحِكْمَةَ فَهُوَ يَقْضِي بِهَا وَيُعَلِّمُهَا ".

وروى أحمد في مسنده عن عائشة، عن رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: «أَتَذَرُونَ مِنَ السَّابِقُونَ إِلَى ظِلِّ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - يَوْمَ الْقِيَامَةِ؟» قَالُوا: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ، قَالَ: «الَّذِينَ إِذَا أُعْطُوا الْحَقَّ قَبِلُوهُ، وَإِذَا سُئِلُوا بِدَلْوِهِ، وَحَكَمُوا لِلنَّاسِ كَحُكْمِهِمْ لِأَنْفُسِهِمْ».

وروى البيهقي في الكبرى عن الْحَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ، أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ، - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ - كَانَ يَقُولُ: " لِأَنَّ أَقْضَى يَوْمًا، وَأَوْافِقَ فِيهِ الْحَقُّ وَالْعَدْلُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ غَزْوِ سَنَةٍ " أَوْ قَالَ: " مِائَةِ يَوْمٍ ".

ويدل على فضلية هذا المنصب أن المخطئ فيه ماجور كالمصيب فيه وإن تفاضلا في مقدار الأجر ما دام المخطئ يقصد الحق في قضائه ويجتهد في الوصول إليه.

عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: «إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ» رواه البخاري وغيره.

وأما ما جاء من الأحاديث في تخويله ووعيده فإنما هي في حق قضاة الجور والجهال الذي يدخلون أنفسهم في هذا المنصب الشريف.

منها: ما رواه ابن ماجه وغيره عن عبد الله، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: " مَا مِنْ حَاكِمٍ يَحْكُمُ بَيْنَ النَّاسِ إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَلَكٌ آخِذٌ بِقَفَاةٍ ثُمَّ يَرْفَعُ رَأْسَهُ إِلَى السَّمَاءِ، فَإِنْ قَالَ: أَلْقِهِ، أُلْقَاهُ فِي مَهْوَاةٍ أَرْبَعِينَ خَرِيفًا ".

في المغرب: المهواة ما بين الجبلين، قيل: الهوة هي الحفرة.
ومنها: ما رواه أبوداود وغيره عن أبي هريرة، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ: "مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سَكِينٍ".

في معالم السنن: معناه التحذير من طلب القضاء والحرص عليه، يقول: من تصدى للقضاء فقد تعرض للذبح فليحذره وليتوقه، وقوله: بغير سكين يحتمل وجهين: أحدهما أن الذبح إنما يكون في ظاهر العرف بالسكين فعدل به -عليه السلام- عن ظاهر العرف، وصرفه عن سنن العادة إلى غيرها؛ ليعلم أن الذي أراده بهذا القول إنما هو ما يخاف عليه من هلاك دينه دون هلاك بدنه، والوجه الآخر أن الذبح الوجيء الذي يقع به إزهاق الروح وإراحة الذبيحة وخلاصها من طول الألم وشدته إنما يكون بالسكين؛ لأنه يجهز عليه، وإذا ذبح بغير السكين كان ذبحه خنقاً وتعذيباً فضرب المثل في ذلك؛ ليكون أبلغ في الحذر والوقوع فيه، آه.

ونقل القاري في المرقاة الأشرف: يمكن أن يقال: المراد به أن من جعل قاضياً فينبغي أن يموت جميع دواعيه الخبيثة وشهواته الرديئة، فهو مذبح بغير سكين، قال الطيبي -رحمه الله-: فعلى هذا القضاء مرغوب فيه ومحثوث عليه، آه ولا يخفى ضعف هذا المعنى؛ لأنه خلاف ظاهر الحديث.

وإنما حملنا الأحاديث الواردة في ذم القضاء على القضاء بالجور أو الجهل؛ لما روي عن بُرَيْدَةَ، عَنِ النَّبِيِّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ: " الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، وَاثْنَانِ

فِي النَّارِ، فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَبَجَرَ فِي الْحُكْمِ، فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ" رواه أبوداود.

وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أَوْفَى قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: إِنَّ اللَّهَ مَعَ الْقَاضِي مَا لَمْ يَجُزْ، فَإِذَا جَارَ تَخَلَّى عَنْهُ وَلَزِمَهُ الشَّيْطَانُ، رواه الترمذي.

في فيض القدير في شرح هذا الحديث: قال ابن بطال: دل الحديث على أن القضاء بالعدل من أشرف الأعمال وأجل ما يتقرب به إلى الملك المتعال، وأنه بالجور بضد ذلك {ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون} قال ابن حجر: وفي الحديث ترغيب في ولاية القضاء من استجمع شروطه، وقوي على إعمال الحق، ووثق من نفسه بعدم الجور، ووجد للحق أعواناً؛ لما فيه من الأمر بالمعروف، ونصر المظلوم، وأداء الحق للمستحق، وكف يد الظالم، والإصلاح بين الناس، وكل ذلك من أكد القربات، ولذلك تولاه الأنبياء فمن بعدهم من الخلفاء الراشدين، وإنما فر منه من فر خوف العجز أو عدم المعين، ومن ثم كان السلف يمتنعون منه أشد امتناع، آه.

اعلم أنه لما كان للقضاء بالعدل فضيلة عظيمة جمع العلماء والفقهاء لتوضيح طريقة القضاء قواعد كلية ومواداً مفيدة لهذا الشأن، منهم العلامة الشيخ شمس الحق الأفغاني -رحمه الله تعالى- حيث صنف كتاب "معين القضاة والمفتين" وهو كتاب جامع لكثير ما يحتاج إليه في القضاء والإفتاء، وكان جزيل المعنى ووجيز اللفظ ومحتاجاً إلى تعليق، فقد بذلت الجهد على قدر الاستطاعة في تعليقه بتوفيق الله تعالى وعونه؛ إنه هو الموفق المستعان، لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

عبد الحكيم بن العلامة مولانا خدايداد المرحوم الأفغاني البندتيموري غفر لهما
الباري آمين.

خطبة الكتاب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وكفى وسلام على عباده الذين اصطفى.

أما بعد: فقد قال الله تعالى سبحانه: {إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ} إلى أن قال: {وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ} وقال في آخر الآية الثانية: {وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} ثم قال بعد آية: {وَلِيَحْكُمَ أَهْلُ الْإِنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ} ثم قال: {وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ} ثم أكد ذلك في آية بعد ذلك {وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ}. فهذه الآيات تدل على أن الله سبحانه أنزل كتبه التوراة والإنجيل والقرآن وغيرها من الصحف فرقاناً بين الحق والباطل؛ ليحكم بها الأنبياء والعلماء الذين هم ورثة الأنبياء، أنزلت هذه الكتب هي شفاء ونور، لكن من أعظم مصالحها الحكم بها فيما يقع بين الناس من المنازعات والمخاصمات، ثم أخبر الله سبحانه عن الأنبياء والعلماء والأحبار السابقين أنهم كانوا يحكمون بالتوراة، وذكر لمن لم يحكم بما أنزل الله تعالى أنهم هم الكافرون الظالمون الفاسقون، ثم أمر الله سبحانه نبيه الأعظم ورسوله الأكرم أن يحكم بالقرآن ولا يتبع أهواء أهل الكتب، ثم أكد ذلك في آية ثانية بعدها وحذره منهم؛ لئلا يوقعوه في الفتنة، والغرض الأصلي تحذير أمته وتنبيهها وتوطئتها على أن تحكم بما أنزل الله تعالى ولا تتبع أهواء اليهود والنصارى؛ لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- معصوم عن اتباع أهوائهم، فكان رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يحكم بالقرآن على ما يريه الله تعالى كما قال الله تعالى {إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ} ففي قوله سبحانه: بما أراك الله. إشارة

إلى الوحي الخفي الذي يوحى إليه في تفسير القرآن الكريم، وفيه دلالة على أن الكتاب والسنة هما أساسان للدستور الإسلامي، ثم إنه -صلى الله عليه وسلم- ولي الحكم والقضاء أصحابه، فكان عمر وعليّ ومعاذ وكثير من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- يقضون على عهده -صلى الله عليه وسلم- ويرتجعون إليه في مشكلات المسائل والأحكام، وكان النبي -صلى الله عليه وسلم- يرشدهم ويعلمهم، وكان الأمر على ذلك في عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعليّ وخلافة بني أمية وبني العباس -رضي الله تعالى عنهم-، ولما كان الحكم والقضاء نافذاً وجارياً بكتاب الله تعالى وسنة رسوله -صلى الله عليه وسلم-، وعامة الناس كانوا على هدىً وخير طالبين للحق تاركين للهوى وفق الله تعالى المجتهدين من العلماء لشرح القانون الإلهي أعني القرآن العظيم على توضيحات السنة وتفسير الرسول -صلى الله عليه وسلم- وأقضية الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- وفتاويهم التي قضوا وافتوا بها على عهده -صلى الله عليه وسلم- وبعده في زمن الخير، فظهر هؤلاء الأئمة الأعلام تفاصيل هذا الدستور في جميع شئون الحياة الاجتماعية والانفرادية من العقائد فحصل علم الكلام والعقائد، ومن تهذيب النفس وتركيب الإخلاص حصل علم التصوف، ومن العبادات والمعاملات والعقوبات حصل علم الفقه، فلم يتركوا شيئاً إلا قيدوه بمعاقل الشرع وأظهروا حكمه على القواعد الكلية التي حكمتها الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- عن صدر منبع العلوم والحكم ومعدن الجود والكرم، فجميع هذه العلوم علوم إلهية خزانها القرآن، ولنعم ما قيل: جميع العلوم في القرآن لكن تقاصر عنه أفهام الرجال. والرسول شارح ومفسر ومعلم لكتاب الله تعالى، والفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم مترجمون ومبينون لعلل الحكم، ومن هذا قالوا: قياس المجتهد مظهر لحكم ولا يكون مثبِتاً له، ثم لما كان المجتهدون كثيرين في زمن التابعين وتابعيهم واشتهر منهم بضبط الأصول والفروع أربعة: الإمام الأعظم أبو حنيفة، والإمام مالك، والإمام الشافعي، والإمام أحمد -رحمهم الله-

تعالى - جمعت الأمة على التمسك بفقهاء هؤلاء الأربعة، وأن لا يقبل من دولهم قياس ولا اجتihad لئلا يقع التفرق والانتشار في الأمة، وتبقى كلمتها محققة وغير متشتة، فلو تفكر متفكر علم أن فقه الأئمة منقبة عظيمة اختصت بها هذه الأمة من بين الأمم، فلم يوجد مثل أبي حنيفة ومالك في أصحاب موسى - عليه السلام - ولا في حوارى عيسى - عليه السلام - بل فقه هؤلاء من معجزات رسولنا - صلى الله عليه وسلم - الخالدة إلى يوم القيامة حيث وجد في أمته من الأئمة من اغترفوا من ينابيع الحكمة الجارية من صدر النبي الأمي من العلوم والحكم ما كانت دساتير وقوانين ضامنة وكافلة لسعادة البشر إلى يوم القيامة، فالفقه المدون نعمة عظيمة من الله سبحانه يجب علينا شكر هذه النعمة، والعجب بل الأسف على أنه نشأت في هذا الزمان طائفة تكفر هذه النعمة العظمى عند قاطبة الأمة - هداهم الله تعالى -، ثم إن العمل على دستور الإسلامي والقرآني يوجد في بعض الممالك الإسلامية مثلاً في أفغانستان العمل جار على الفقه الحنفي كلاً أو بعضاً، وفي العرب السعودي العمل على الفقه الحنبلي، وفي السودان العمل على الفقه المالكي، وفي بعض ولايات باكستان العمل على الفقه الحنفي والحمد لله.

نعم في عموم بلاد باكستان حيث ازدادت تعاليم الأفرنجيين والناس منصّبون بأهوائهم، والفتن والبدع عامة، كالمرزائية والبرالوية والرفض، فالقانون الأنجليزي رائج، فعلى أن نجتهد لترويج الدستور الإسلامي، وطريق ذلك سهلة أن يقوم العلماء وينشئون لجاناً قضائية وينادون في الناس أن يحكموا العلماء في المنازعات والمخاصمات فيحكم العلماء على ضوء القرآن والسنة وقواعد الفقه المستخرجة من القرآن والسنة، والحكم إذا كان متفقاً عليه بين المتخاصمين وحكم بينهما ورضي المتخاصمان على حكمه فلا تمنع من ذلك أية حكومة كافرة فكيف في هذه الحكومة التي تسمى نفسها جمهورية إسلامية.

ثم بعد ذلك نشكر حضرة العلامة الإمام الفهامة عمدة المتكلمين وزبدة الفقهاء والمفسرين مولانا الشيخ شمس الحق الأفغاني وزير المعارف في الولايات المتحدة البلوشستانية حيث جمع القواعد الكلية التي تتعلق بالقضاء والإفتاء من كتب الفقه الحنفي وهي تبلغ - ٧٣٧ - مادة على طراز جديد وعبارات قانونية، وهي حاوية لأمهات المسائل من المعاملات والعقوبات نافعة جدًا للقاضي والمفتي - جزاه الله تعالى عنا وعن جميع المسلمين خير الجزاء -، ثم إن الشيخ من علينا بالإذن لنشرها في مجلة الصديق العربية فنوردها في الصديق هدية للنظار الكرام، والمرجو من أهل العلم وأرباب الفضل أن يقدروا هذا المحمود، ويشكر الله سبحانه على توفيقه إيانا لنشرها إنه هو الموفق وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(أبو سعيد عبد الله)



المقالة الأولى في الأحكام العدلية

الباب الأول في بيان الكليات التي يرجع إليها كثير من مسائل القضاء

١- المادة: الأمور بمقاصدها. ^(١)

يعني الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر.

٢- المادة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. ^(٢)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والأشباه والنظائر للسيوطي، والأشباه والنظائر للسبكي، وترتيب اللآلي في سلك الأمالي لناظر زاده، وقواعد الخادمي، وغيرها.

الأصل في هذه القاعدة: قوله -صلى الله عليه وسلم-: «إنما الأعمال بالنيات» وهذا حديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب. (الأشباه والنظائر للسيوطي).
مثالها: ما قال ابن نجيم في الأشباه: من أن بيع العصير ممن يتخله خمرا إن قصد به التجارة فلا يحرم، وإن قصد به التخمير حرم، وكذا غرس الكرم على هذا، وعلى هذا عصير العنب بقصد الخلية أو الخمرية، والهجر فوق ثلاث دائر مع القصد، فإن قصد هجر المسلم حرم وإلا لا، والإحداد للمرأة على ميت غير زوجها فوق ثلاث دائر مع القصد، فإن قصدت ترك الزينة والتطيب لأجل الميت حرم عليها، وإلا فلا، انتهى.

اعلم أن هذه القاعدة أكثرية لا كلية؛ فإنه قد يترتب الحكم على فعل أو قول بدون النية، مثال ذلك: لو قال شخص لآخر: بعك مالي هذا أو أوصيت لك به يصح البيع أو الوصية، بدون الاحتياج إلى النية، وكذا الإقرار، والوكالة، والإيداع، والإعارة، والقذف، والسرقه كلها أمور لا تتوقف على النية بل فعلها يكفي لترتب الحكم، كذا في درر الأحكام لعلي حيدر.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وترتيب اللآلي في سلك الأمالي لناظر زاده، وقواعد الخادمي، وغيرها. =

ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء.

٣- المادة: اليقين لا يزول بالشك. ^(١)

«وشرحها: أن العقود والتصرفات لا ينظر فيها للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما ينظر إلى مقاصدهما الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني.

ومثالها: إذا قال: وهبتك هذه الدابة بمائة كان عقد بيع لا هبة للذكر العوض، ولو قال: وهبتك منفعة هذه الدار كل شهر بكذا كان هذا عقد إجارة.

ولهذه القاعدة مستثنيات وهي: لو باع شخص شيئا لآخر مع نفى الثمن بقوله: قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلا ولا يعتبر العقد هبة، كذلك لو أجر شخص آخر فرسا بدون أجره أصبح الإجارة فاسدة ولا تكون عارية؛ لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض، والعارية تفيد عدم العوض وبما أن بين معنى اللفظين تضادا فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في الإعارة. (دررالحكام لعلي حيدر).

اعلم أن جريان حكم الرهن في بيع الوفاء ليس في جميع الأحكام بل في بعضها، وبيان ذلك أنه يختلف في بيع الوفاء فليل هو بيع صحيح، وقيل بيع فاسد، وقيل هو رهن. والمفتى به هو القول الجامع، وعليه جرت المجلة في المادة / ١١٨ / وهو أن بيع الوفاء له شبه بالبيع الصحيح، وشبه بالفاسد، وشبه بالرهن، وله من كل شبه بعض أحكام المشبه به، ولا مانع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم واحد باعتبار المقصود منه، كالمضاربة؛ فإن المال عند المضارب أمانة، فإذا تصرف فهو وكيل، فإذا ربح فهو شريك، فإذا فسدت فهو أجير إجارة فاسدة، فإذا خالف فهو غاصب. (جامع الفصولين الفصل الثلاثين).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والأشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة: ما رواه الشيخان وغيرهما عن عباد بن تميم عن عمه أنه شكك إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: «لا ينفل - أو لا يصرف - حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا» ولأن اليقين قوي من الشك والقوي لا يزول بالضعيف، فإن قيل اليقين والشك نقيضان لا يجتمعان فلا يوجد الشك حيث يوجد اليقين فكيف يصح اليقين لا يزول بالشك، =

٤- المادة: الأصل إبقاء ما كان على ما كان. ^(١)

ـ قلنا: المراد بالشك الشك الطارئ فجملة القول أن اليقين السابق لا يزول بالشك الطارئ فلا محل للاعتراض بتاتاً.

مثال هذه القاعدة: لو أقر شخص بمبلغ لآخر قائلاً أظن أنه يوجد لك بدمتي كذا مبلغ لإقراره هذا لا يترتب عليه حكم؛ لأن الأصل براءة الدمة، والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين بشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقرر له، فإن إقراره لم ينشأ منه عن يقين بل عن شك وظن، وهذا لا يزول اليقين براءة ذمة المقرر كما لا يخفى.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وترتيب اللآلي في سلك الأمالي، والأشباه النظائر لابن نجيم، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة: أيضاً ما رواه الشيخان وغيرهما عن عباد بن تميم، عن عمه، أنه شكاً إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: "لا ينفلت - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً".

وشرحها: أن ما ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتاً أو نفياً يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره، فإذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها حتى يقوم دليل على خلافها.

مثالها: إذا ادعى المستقرض دفع الدين إلى المقرض، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، أو ادعى المستأجر دفع بدل الإجارة إلى المؤجر، وأنكر المقرض والبائع والمؤجر القبض فالقول قولهم؛ لأن الأصل بقاء مبلغ القرض والثمن والأجرة بعد ثبوتها في الدمة.

ولهذه القاعدة مستثنى: وذلك أن الأمين يصدق يمينه في براءة ذمته، فلو ادعى المودع أنه أعاد الوديعة أو أنها تلفت في يده بلا تعد ولا تقصير يقبل ادعاؤه مع يمينه مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها بالدليل؛ لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودع، والسبب في ذلك أن الأمين يدعي هنا براءة الدمة من الضمان، وأما المودع فهو يدعي شغل ذمة الأمين، وذلك خلاف الأصل. (درر الأحكام لعلي حيدر).

٥- المادة: القديم يترك على قدمه. ^(١)

٦- المادة: الضرر لا يكون قديما. ^(٢)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وترتيب اللائي في سلك الأمالي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة: ما رواه الترمذي وغيره عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال في عطية: البينة على المدعي، واليمين على المدعي عليه" فإن المدعي عليه يقول بالقديم وهو عدم لزوم شيء في ذمته فيعتبر قوله ما لم يثبت المدعي خلافه بالدليل.

وشرحها: أن ما كان في أيدي الناس أو تحت تصرفاتهم من أشياء ومرافق مشروعة في أصلها يبقى لهم كما هو ويعتبر قدمها دليلاً على أنها حق قائم بطريق مشروع ما لم يقم دليل على خلافه، فالمراد أن القديم الموافق للشرع يجب أن يترك على حال القديم ما لم يثبت خلافه.

أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا يترك على قدمه مهما تقدم عهده؛ لأن الضرر لا يكون قديماً، مثلاً لو أن بالوعة دار تجري من القديم في الطريق العام لا ينظر إلى قدمها وتزال؛ لأنه غير ممكن احتمال مشروعية ذلك.

ما هو القديم؟ هو الذي لا يعرف أوله أما إذا كان أوله معروفاً فلا يعد قديماً مثلاً: لو أن ميزاب دار شخص يجري من القديم على دار شخص آخر فصاحب الدار الثانية لا يحق له منعه. (درر الأحكام لعلي حيدر).

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أن الضرر قديمه كحديثه في الحكم، فلا يراعى قدمه ولا يعتبر، بل يزال. وليس المراد أنه لا يتصور التقدم عليه بحيث لا يوجد من يعرف أوله، وإن هذه القاعدة بمنزلة القيد للتي قبلها، فوضعت عقبها؛ لإفادة أن القاعدة السابقة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بأن لا يكون القديم ضرراً، فلو كان ضرراً فإنه يزال ولا عبرة بقدمه؛ فإن ضرره يكون دليلاً على أنه لم يوضع بوجه شرعي.

لم إن المراد بالضرر الذي يزال ولا يراعى قدمه ما كان ضرراً بيناً، أي فاحشاً، وبيان ذلك أن الضرر

قسمان: (١) عام (٢) خاص:-=

٧- المادة: الأصل براءة الذمة. (١)

أما العام: فإنه يزال مطلقا بلا تفصيل فيه بين الفاحش وغير الفاحش؛ لأن كونه عاما يكفي لاعتباره فاحشا كما لو كان لدار مسيل ماء أو أقدار في الطريق العام يضر بالمارين، أو غرفة بارزة وطيبة تمنع الناس من المرور تحتها لتسفلها فإن كل ذلك يزال مهما كان قديما (المادة/ ١٢١٤ و ١٢٢٤/ من المجلة).

وأما الخاص فهو نوعان: فاحش، وغير فاحش:

فالفاحش يزال كما يزال الضرر العام، ولا عبرة لقدمه، وذلك كما لو كان لرجل مسيل ماء أو أقدار يجري في دار آخر من القديم، وكان يوهن بناء الدار أو ينجس ماء بثرها؛ فإن لصاحب الدار أن يكلف ذلك الرجل بإزالة هذا الضرر بصورة تحفظ البناء من التوهين والماء من التنجيس بأي وجه كان، ومثله ما ذكره في الفتاوى الخانية، في فصل الأنهار، بقوله: بالوعة قديمة لرجل على شقة نهر يدخل في سكة غير نافذة، قال أبو بكر البلخي -رحمه الله تعالى-: لا عبرة للقديم والحديث في هذا ويؤمر برفعه فإن لم يرفعه يرفع الأمر إلى صاحب الحسبة ليأمره بالرفع. انتهى.

وأما الضرر الخاص الغير الفاحش، كما لو كان لدار رجل حق التسييل في أرض الغير أو في طريق خاص؛ فإن كل ذلك فيه نوع ضرر ولكنه دون الضرر السابق الفاحش، فإذا كان من القديم يعتبر قدمه وبراى ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والأشباه والنظائر للسيوطي، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أن الأصل أن يولد الانسان بريء الذمة من وجوب شيء عليه، وكونه مشغول الذمة بحق خلاف الأصل حتى يثبت ذلك بدليل مقبول؛ لأن الذمة خلقت بريئة غير مشغولة بحق من حقوق الغير.

وأصل هذه القاعدة: ما رواه الترمذي وغيره عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال في خطبته: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه" كذا في شرح قواعد الخادمي، ولذا كان القول قول المدعى عليه؛ لموافقته الأصل وهو براءة الذمة، والبينة على المدعي لدعوى ما خالف الأصل، فإذا اختلفا في قيمة المتلف، والمفصوب فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة عما زاد.

فإذا أتلّف رجل مال آخر واختلفا في مقداره يكون القول للمتلف والبيّنة على صاحب المال لإثبات الزيادة.

٨- المادة: الأصل في الصفات العارضة العدم. ^(١)

مثلاً إذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب والبيّنة على رب المال لإثبات الربح.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

اعلم أن الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين:

الأول: هي الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً، وهذه تسمى الصفات العارضة، والأصل فيها العدم، ومثل هذه الصفات غيرها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود والأفعال، وهذا القسم وما ألحق به من العقود والأفعال هو موضوع هذه القاعدة.

الثاني: هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً، وهذه تسمى الصفات الأصلية، والأصل فيها الوجود، كبكارة الجارية وسلامة المبيع من العيوب والصحة في العقود بعد انعقادها. ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما؛ فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها، كذا في شرح القواعد الفقهية.

ولهذه القاعدة مستثنيات وهي: إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الهبة فالقول له بلا يمين، وذلك حسب منطوق المادة (١٧٧٣) من أن تلف الهبة صفة عارضة، وهي خلاف الأصل، فكان من الواجب بمقتضى هذه القاعدة أن يكون الموهوب له مكلفاً بإثبات ذلك، ولكن بما أن الموهوب له ينكر هنا وجوب الرد على الواهب فأصبح شبيهاً بالمستودع، وكذلك إذا تصرف الزوج في مال زوجته فأقرضه آخر وتوفيت الزوجة وادعى وارثها أن الزوج تصرف في المال بدون إذن، وطلب الحكم بضمانه، وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذنها، فالقول للزوج مع أن الإذن من الصفات العارضة، فكان الواجب أن يكون القول للوارث. (درر الأحكام لعلي حيدر).

٩- المادة: ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه. ^(١)

فإذا ثبت في زمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله.

١٠- المادة: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته. ^(٢)

يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال

ما لم يثبت نسبته إلى زمان بعيد.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الحادمي، وغيرها.

هذه القاعدة مطابقة لقاعدة الأصل إبقاء ما كان على ما كان ومتمة لها، ومعنى هذه القاعدة: أن الشيء الذي ثبت حصوله في الزمان الماضي يحكم ببقائه في الحال ما لم يوجد دليل على خلافه والشيء الثابت وجوده في الحال يحكم أيضا باستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله، كذا في درر الحكام.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وترتيب الآلي في سلك الأمالي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وهذا إذا كان الحدوث متفقا عليه وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه، يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر، أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه، كما لو كان في ملك أحد مسيل لآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدوث والقدم، فادعى صاحب الدار حدوثه، وطلب رفعه، وادعى صاحب المسيل قدمه، فإن القول لمدعي القدم، والبينة لمدعي الحدوث، حتى إذا أقام كل منهما بينته رجحت بينة مدعي الحدوث وهو صاحب الدار. (المادة / ١٧٦٨ / من المجلة) وذلك؛ لأن بينته تثبت ولاية النقص فكانت أولى، أما مدعي القدم فهو منكر متمسك بالأصل. (تنقيح الفتاوى الحامدية) ثم إن الوجه في كون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه، وادعى أحدهما حدوثه في وقت وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجودا في الوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجودا قبل ذلك، والآخر ينكر دعواه، والقول للمنكر، ولهذه القاعدة مستثنيات ذكرت في درر الحكام والأشباه والنظائر لابن نجيم فليراجع إليهما.

١١-المادة: الأصل في الكلام الحقيقة. ^(١)١٢-المادة: لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح. ^(٢)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والأشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.

وشرحها: أن الأصل حمل الكلام على الحقيقة، والمجاز فرع فيه وخلف عنها، ولكونها أصلاً قدمت على المجاز وكان العمل بها أولى من العمل به، ما لم يوجد مرجح له فيصار إليه، والمراد بهذه القاعدة أنه إذا كان للفظ معنيان متساو استعمالهما، معنى حقيقي ومعنى مجازي، وورد مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر يراد به حينئذ المعنى الحقيقي لا المجازي؛ لأن المجاز كما قلنا أولاً خلف عن الحقيقة، فترجح هي عليه في نفسها، وذلك كلفظة النكاح؛ فإنها حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وقد تساوى استعمالهما فيهما، فإذا جاء مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر، كما في قوله تعالى: {وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ}. [النساء: ٢٢] ترجحت الحقيقة؛ لأنها الأصل ولم يوجد صارف عنها إلى المجاز فتكون حرمة موطوءة الأب ثابتة بالنص، وأما حرمة من عقد عليها الأب عقداً صحيحاً ولم يدخل بها فثابتة بالإجماع، وإذا قدمت الحقيقة على المجاز عند تساويهما في الاستعمال كان تقديمها حين تكون هي أكثر استعمالاً بالأولى، أما إذا وجد مرجح للمجاز فلا شك في تقديمه على الحقيقة، كذا في الأشباه والنظائر للسيوطي.

وأما إذا وردت قرينة تدل على شمول اللفظ لمعنييه: الحقيقة والمجاز فيكون هذا من باب عموم المجاز عندنا ولا يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز، وعموم المجاز هو استعمال اللفظ في معنى كلي شامل للمعنى الحقيقي والمعنى المجازي، كذا في درر الأحكام.

^(٢) ذكرت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والوجيز في إيضاح قواعد الشرع. وهذا لأن دلالة الحال في مقابلة التصريح ضعيفة، فلا تقاوم التصريح القوي، تعريف التصريح عند علماء أصول الفقه: هو الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بيناً وثاماً ومعتاداً، فعليه لو أن شخصاً كان مأدونا بدلالة الحال بعمل شيء فمنع صراحة عن عمل ذلك الشيء، فلا يبقى اعتبار وحكم لذلك الإذن الناشئ عن الدلالة، مثاله: لو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأساً فشرب منها ووقعت الكأس أثناء =

١٣- المادة: لا مساغ للاجتهاد في مورد النص. ^(١)

= شربه وانكسرت، فلا يضمن؛ لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منها، بخلاف ما لو لهاه صاحب البيت عن الشرب منها وانكسرت فإنه يضمن؛ لأن التصريح أبطل حكم الإذن المستند على دلالة الحال. (درر الحكام).

اعلم أن رجحان الصراحة على الدلالة إنما يكون عند حصول معارضة بينهما قبل ترتب حكم مستند إلى الدلالة، وأما بعد العمل بالدلالة، أي بعد ترتب الحكم وجريانه استناداً إليها، فلا اعتبار للصراحة، مثاله: لو قال شخص لآخر: بعثك هذا الفرس فعلى الثاني أن يقبل في الحال، ويقول: قد اشتريت بدون وقوع إعراض منه حتى يصح العقد، فإذا لم يقل ذلك بعد الإيجاب واشتغل بأمر يدل على الإعراض فيصبح الإيجاب باطلاً، فلو قبل الثاني بعد الإعراض عن البيع لا ينعقد مع أن القول وقع صراحة، فكان من الواجب أن ينعقد البيع، لكن الإعراض الدال على عدم الرغبة حكمٌ أبطل الإيجاب السابق، فالقول اللاحق وإن كان صريحاً لكنه لم يجد إيجاباً صحيحاً، (درر الحكام).

واستثنى من هذه القاعدة دلالة الشرع بمقابلة صراحة العبد؛ لأن دلالة الشرع أقوى من صريح العبد، لعدم احتمال دلالة الشرع الكذب، فيعمل بها فدلالة الشارع في أن الولد للفراس أقوى في ثبوت النسب من منكر جماع المطلقة رجعيًا أو إنكاره أنه راجعها في العدة، بقوله: لم أجامعها أو لم أراجعها فيعمل بدلالة الشرع وينسب الولد إليه؛ لأن دلالة الشرع أقوى من صريح العبد. (الوجيز في إيضاح قواعد الشرع الكلية).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والوجيز في إيضاح قواعد الشرع الكلية، وغيرها.

وشرحها: أن كل مسألة ورد فيها النص من الشارع لا يجوز للمجتهدين أن يجتهدوا فيها؛ لأن الاجتهاد أو القياس في الفروع من الأحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع، ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به حاصل بظني، بخلاف الحاصل بالنص؛ فإنه يقيني، ولا يترك اليقيني للظني، فبطل القول بحل المطلقة ثلاثاً للأول بمجرد عقد الثاني عليها بلا وطء، والقول بحل نكاح المتعة، والقول بسقوط الدين بمضي سنين بلا مطالبة. =

١٤- المادة: ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه. ^(١)

١٥- المادة: الاجتهاد لا ينقض بمثله. ^(٢)

= والمراد بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد معه هو المفسر والمحكم، والا فغيرهما من الظاهر والنص لا يخلو عن احتمال التأويل.

اعلم أنه أي فائدة لوضع هذه القاعدة هنا؛ لأن باب الاجتهاد مسدود الآن كما صرح به الفقهاء، يجوز أن يكون المقصود من وضع هذه القاعدة المذكورة الإيماء للمفتين والقضاة بأن يقفوا عند حدهم، ويقصروا أنظارهم أن تتطلع وأعناقهم أن تمتد إلى مجاوزة ما فوض إليهم من الاجتهاد في ترجيح إحدى روايتين متساويتين أو أحد قولين متعادلين يختلف الترجيح فيهما بحسب الحوادث والأشخاص إلى ما لم يفوض إليهم، وذلك مثل ما قالوا في الزوج: إذا أوفى زوجته معجل مهرها فهل له أن يسافر بها أو لا؟ فظاهر الرواية أن له ذلك، وقال أبو القاسم الصفار وأبو الليث: ليس له ذلك لفساد الزمان وسوء حال الأزواج، واختار بعضهم تفويض ذلك للمفتي، فمتى علم من حاله الإضرار بها أفناء بعدم الجواز، ومتى علم منه غير ذلك أفناء بالجواز. وقد نصوا في مثل هذا على أن المفتي لا بد له من نوع اجتهاد وأنه يفتي بما وقع عنده من المصلحة. (شرح قواعد الفقهية).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها. وشرحها: أن الحكم الشرعي إذا كان ثابتاً بنص القرآن أو السنة أو الإجماع، وورد معدولاً به عن سنن القياس، لا يجوز أن يقاس عليه غيره، بأن يثبت مثل ذلك الحكم للغير لعللة جامعة بينهما، وذلك لوجود اعتبارات تشريعية خاصة بها، فغير هذه الأحكام لا يقاس عليها؛ لأنها وردت على خلاف القواعد العامة الثابتة في الشريعة.

والقياس: جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه بعللة واحدة فيهما، وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى: {فاعتبروا يا أولي الأبصار}؛ لأن الاعتبار هو النظر في الثابت لأي معنى ثبت والحاق نظيره به، وهو القياس بعينه.

مثالها: شهادة خريمة - رضي الله تعالى عنه - فقد جعلها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تعدل شهادة رجلين فلا تقبل شهادة مسلم واحد بمفرده غير خريمة - رضي الله تعالى عنه -.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والمظالم لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. =

١٦-المادة: المشقة تجلب التيسير.

يعني أن الصعوبة تصير سببا للتسهيل، ويلزم التوسيع في وقت المضايقة، يتفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر وغير ذلك، وما جوزة الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الأحكام الشرعية مستنبطة من هذه القاعدة. ^(١)

=وفي الأشباه لابن نجيم: ودليلها الإجماع، وقد حكم أبو بكر -رضي الله عنه- في مسائل، وخالفه عمر -رضي الله عنه- فيها، ولم ينقض حكمه، وعلته أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول، وأنه يؤدي إلى أن لا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة، انتهى، وفي غمز عيون البصائر: وقد صح أن عمر -رضي الله عنه- لما كثر اشتغاله قلد القضاء أبا الدرداء، واختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم أتى المقضي عليه عمر -رضي الله عنه- فسأله عن حاله فقال: قضى عليّ، فقال له: لو كنت أنا مكانه لقضيت لك فقال له: ما يمنعك عن القضاء فقال له: ليس هناك نص والرأي مشترك يعني ولا مزية لأحد الرأيين على الآخر، انتهى.

(تنبيه): ما ذكر هو في القاضي المجتهد؛ أما المقلد الذي تقلد القضاء مقيدا بمذهب معين فإنه يتقيد به، فلو حكم بخلافه ينقض وإن وافق أصلا مجتهدا فيه. (الدرا المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب القضاء، من فصل الحبس).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

الأصل في هذه القاعدة قوله تعالى: {يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر} [البقرة: ١٨٥] وقوله تعالى: {وما جعل عليكم في الدين من حرج} [الحج: ٧٨] وقوله -صلى الله عليه وسلم- «بعثت بالحنيفية السمحة» أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله، ومن حديث أبي أمامة والديلمي، وفي مسند الفردوس من حديث عائشة -رضي الله عنها-. (الأشباه والنظائر للسيوطي).

وانما تجلب المشقة التيسير؛ لأن الحرج مدفوع بالنص، ولكن جلبها التيسير مشروط بعدم مصادمتها نصا، فإذا صادمت نصا روعي دونها. (الأشباه والنظائر لابن نجيم). =

١٧- المادة: الأمر إذا ضاق اتسع. ^(١)

يعني إذا ظهر مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع.

١٨- المادة: لا ضرر ولا ضرار. ^(٢)

حوالمراد بالمشقة الجالبة للتيسير: المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية، أما المشقة التي لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الجهاد وألم الحدود ورجم الزناة وقتل البغاة والمفسدين والجناة، فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف، ويتفرع على هذه القاعدة أنواع:

منها: السفر، وتيسيراته كثيرة مذكورة في كتب الفقه.

ومنها: المرض ورخصه مذكورة في المبسوطات.

ومنها: الإكراه.

ومنها: النسيان.

ومنها: الجهل.

ومنها: العسر وعموم البلوى.

ومنها: النقص فمن ذلك: عدم تكليف الصبي، والمجنون، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال: كالجماعة، والجمعة. (الأشباه والنظائر لابن نجيم).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والأشباه والنظائر لابن نجيم. وهذه القاعدة في معنى القاعدة: الضرورات تبيح المحظورات، وتمايم القاعدة، كما في "مراة المجلة": "وإذا اتسع ضاق" يعني أنه إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية الدفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت وزالت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله، كما في قاعدة: الضرورة تقدر بقدرها.

ومثالها: وجوب إظهار المعسر إلى الميسرة، وجواز طعن المزكي في الشهود، وطعن المحدث في الرواة. ^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر للسيوطي، والأشباه والنظائر لابن نجيم. وأصلها: قوله -صلى الله عليه وسلم-: «لا ضرر ولا ضرار» أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً وأخرجه الحاكم في المستدرک والبيهقي والدارقطني، ومن حديث أبي سعيد الخدري =

١٩- المادة: الضرر يزال. (١)

٢٠- المادة: الضرورات تبيح المحظورات. (٢)

=وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت، والفرق بين الضرر والضرار أن معنى الأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، ومعنى الثاني إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق. وهذا أليق بلفظ الضرار، إذ الفعل مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة.

والقاعدة مقيدة إجماعا بغير ما أذن به الشرع من الضرر، كالقصاص والحدود وسائر العقوبات والتعازير؛ لأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح، على أنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضا. (شرح القواعد الفقهية).

ويبني على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه، فمن ذلك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات، والحجر، والشفعة؛ فإنها للشريك لدفع ضرر القسمة، وللجار لدفع ضرر الجار النسوة، والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلفات والجبر على القسمة بشرطه، ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين والبلغاة. (الاشباه والنظائر لابن نجيم).

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها: أنه تجب إزالة الضرر؛ لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب، وهذه هي المسوقة لبيان وجوب إزالته إذا وقع.

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. ويتفرع على هذه القاعدة أكل الميتة عند المنحصة، وإساعة اللقمة بالخمير لمن غص، ولم يجد غيرها، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، ويجوز للعليل أكل الميتة وشرب الدم والبول إذا أخبره طبيب مسلم حاذق غير فاسق أن شفاؤه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه.

وهذه القاعدة مقيدة بأن لم تنقص الضرورة عن المحظور، فإذا نقصت فإنه لا يباح له المحظور، فإن أكره رجل على قتل غيره بقتل لا يرخص له، فإن قتلته أثم؛ لأن مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره.

٢١- المادة: الضرورات تتقدر بقدرها. (١)

٢٢- المادة: ما جاز بعذر بطل بزواله. (٢)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها. وأصل هذه القاعدة قوله تعالى: {فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ} [البقرة-١٧٣] وهذه القاعدة في قوة التقييد للسابقة، وفائدة وضع هذه القاعدة عقب السابقة التنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطّر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط، فالمضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق، أي بمقدار ما يدفع عن نفسه خطر الهلاك جوعاً، والطبيب ينظر من العورة بقدر الحاجة للمعالجة.

ويتفرع عليها أن المشتري إذا ادعى بالمبيع عيباً لا يطلع عليه إلا النساء، فإنه يقبل فيه لأجل توجيه الخصومة فقط قول الواحدة العدل، والشتان أحوط. فإن قالت واحدة أو ثنتان: أن العيب المدعى به قائم يحلف البائع ولا يثبت حق الرد بشهادة النساء وحدهن؛ لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضروري، ومن ضرورته ثبوت توجيه الخصومة دون الرد، فيحلف البائع، فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت الرد. (الرد المختار وحاشيته رد المحتار، من خيار العيب).

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. وشرحها: أن الحكم الذي شرع لعذر معين فإذا زال العذر امتنع الحكم؛ لأن جوازه كان بسبب العذر فهو خلف عن الأصل المتعلق فإذا زال العذر وامكن العمل بالأصل لا يعمل بالخلف أيضاً وإلا لزم الجمع بين البطل والمبدل منه وهو لا يجوز.

وهذه القاعدة في قوة التقييد للسابقة بأن إباحة المحظور للضرورة بقدرها مقيدة بمدة قيام الضرورة، فلتيمم يبطل بوجود الماء، ويبطل جواز لبس الحرير للحكة بزوال الحكة، ويبطل جواز تحميل الشهادة للغير بعذر السفر أو المرض، بزوالهما قبل أداء الفرع للشهادة.

٢٣- المادة: إذا زال المانع عاد الممنوع. ^(١)

٢٤- المادة: الضرر لا يزال بمثله. ^(٢)

٢٥- المادة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. ^(٣)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح الفوس. الفقهية، وترتيب الآلي في سلك الآمالي، وغيرها.

وأفادت هذه القاعدة حكم عكس ما أفادته القاعدة السابقة، فإن السابقة أفادت حكم ما جاز بسبب ثم زال، وهذه أفادت حكم ما امتنع لسبب ثم زال السبب المانع.

مثالها : ما لو أوصى لوارث ثم امتنع إرثه بمانع صحت، كما لو أوصى لأخيه ثم ولد له ابن ثم مات الموصي صحت الوصية، وكذا لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة ثم قسم وسلمها صحت الهبة.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وهذه القاعدة تعد قيداً لقاعدة "الضرر يزال" وتفصيله أن الضرر عند وقوعه يزال بدون الضرر، لكن إذا لم يمكن إزالته إلا بضرر فإن كان الضرر الناتج عن إزالة الضرر الأول أقل رفع الأشد بالأخف سيأتي في القاعدة (٢٦)، وإن كان الضرر المتوقع مثل الضرر الواقع فلا تجوز إزالته، كما إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعاً إلا طعام مضطر مثله فلا يباح أخذه منه، لكن يجبر بقدر الإمكان إن كان مما يقابل بعوض كالعيب القديم إذا اطلع عليه المشتري وقد تعيب المبيع عنده امتنع الرد ورجع المشتري على بائعه بالنقصان، إلا إذا رضي بأخذه معيباً فبأخذه ويرد جميع الثمن، وكذا لا يزال بما فوقه بالأولى كما إذا أكره بالقتل على مسلم آخر فلا يجوز له قتله؛ لأن مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره.

^(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

استفيد بمنطوق هذه القاعدة بعض ما أفادته القاعدة السابقة بمفهومها المخالف؛ فإن مفهومها أن أحد الضررين إذا كان لا يماثل الآخر فإن الأعلى يزال بالأدنى. وعدم المماثلة بين الضررين إما لخصوص أحدهما وعموم الآخر، وهو ما أفادته هذه القاعدة، أو لعظم أحدهما على الآخر وشدته في نفسه، وهو ما أفادته القاعدة الآتية. =

يتفرع على هذا منع الطبيب الجاهل والمفتي الماجن.

٢٦- المادة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. ^(١)

٢٧- المادة: إذا تعارض مفسدتان تدفع أعظمها ضرراً بإرتكاب أخفهما. ^(٢)

= وشرح هذه القاعدة: إنه إذا تعارض ضرران أحدهما خاص بفرد أو جماعة والآخر عام بجماعة المسلمين ولا فوار من ارتكاب أحدهما فيتحمل الخاص بالارتكاب ولا يرتكب الضرر العام؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة.

ويتفرع عليها جواز الرمي إلى كفار تترسوا بأسرى المسلمين لدفع ضررهم عن عموم الجماعة المسلمة، لكن ينوي بالرمي الكفار لا الأسرى، وجواز الخجر على الطبيب الجاهل حفظاً لأرواح الناس، وعلى المفتي الماجن حفظاً لدين الناس.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية وغيرها.

وأصل هذه القاعدة من القرآن قوله تعالى: { وَ الْقِتَّةَ أَشَدَّ مِنَ الْقَتْلِ } [البقرة - ١٧١] ومن السنة حديث بول الأعرابي في المسجد والأمر بتركه ثم إلقاء الماء عليه" أخرجه البخاري ومسلم، ومن أقوال العلماء قولهم: (إن من ابتلي ببلتين وهما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفتا يختار أهونهما؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة).

ومن أمثلتها: جواز أكل المضطر مال الغير بدونه إذنه؛ لأن ضرر الهلاك أشد من ضرر الغير أن يأكل ماله. ومنها: جواز الطلاق وفيه ضرر المرأة ومع ذلك يرتكب؛ لأن ضرره أشد من ضررها.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والأشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.

وأصلها: حديث عائشة - رضي الله عنها - زوج النبي - صلى الله عليه وسلم -: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لها: «ألم تري أن قومك لما بنوا الكعبة اقتصروا عن قواعد إبراهيم؟»، فقلت: يا رسول الله، ألا تردّها على قواعد إبراهيم؟ قال: «لولا حدثان قومك بالكفر لفعلت» رواه البخاري وغيره.

وشرح هذه القاعدة ظاهر من السابقة فلا حاجة لشرحها.

٢٨- المادة: يختار أهون الشرين. ^(١)

٢٩- المادة: درء المفسد أولى من جلب المنافع. ^(٢)

٣٠- المادة: الضرر يدفع بقدر الإمكان. ^(٣)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية وشرح القواعد الفقهية والوجيز في إيضاح القواعد الفقهية وغيرها.

واصلها وشرحها ووضحان مما سبق فلا حاجة للذكرهما.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها. وشرحها: إذا تعارض مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات، ولذلك قال -صلى الله عليه وسلم- «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه».

ومن أمثلتها: ما ذكره البزازي في فتاويه: ومن لم يجد سترة ترك الاستنجاء، ولو على شط نهر؛ لأن النهي راجع على الأمر حتى استوعب النهي الأزمان، ولم يقتض الأمر التكرار انتهى. (الأشباه والنظائر ابن نجيم).

ومنها: منع المالك من التصرف في ملكه فيما إذا كان تصرفه يورث الجار ضرراً فاحشاً.

ويستثنى منها ما إذا كانت المنفعة فالدتها أزيد بكثير مما يترتب على المفسدة من الأضرار فتقدم المنفعة على المفسدة القليلة الضرر، مثل أن التكلم بالكذب مفسدة ولكن إذا أريد به إصلاح ذات البين يجوز على قدر الحاجة إليه، وكذلك إذا أراد متغلب ظالم أخذ الوديعة من المستودع غصباً عنه فله أن يكذب وينكر وجود وديعة عنده محافظة عليها. (درر الأحكام لعلي حيدر).

^(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي وغيرها.

وشرحها: أن الضرر يدفع بقدر يمكن، فإن أمكن دفعه بالكلية فيها، وإلا فبقدر ما يمكن، فإن كان مما يقابل بعوض جبر به، كما لو عفا بعض أولياء القتيل عن القصاص انقلب نصيب الباقيين دية، وعبر بعضهم عن هذه القاعدة بأن الضرر مدفوع ومرفوع، يعني يدفع قبل وقوعه ويرفع بعد وقوعه؛ فإن الضرر مفسدة يجب رفعه وإزالته إذا وقع كما يجب دفعه قبل وقوعه.

٣١- المادة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة وخاصة. ^(١)

ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفاء حيث لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك فصار مرعياً.

٣٢- المادة: الاضطرار لا يبطل حق الغير. ^(٢)

-أما إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية ولا جبره على الوجه المشروع فإنه يترك على حاله كما إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعاً إلا طعام مضطر مثله.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

والفرق بين الحاجة والضرورة أن الحاجة مبنية على التوسيع والتسهيل فيما يسع للعبد تركه كالإجارة والسلم والاستصناع، ومبنى الضرورة على فعل ما لا بد منه للتخليص عن عهدة تلزم العبد، ولا يسعه الترك، كذا في شرح المجلة للأناسي.

وشرحها: أن الحاجة تنزل فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة عامة كانت الحاجة أو خاصة، وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً وإن اترقا في كون حكم الأولى مستمراً وحكم الثانية مؤقتاً بمدة قيام الضرورة؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها.

وكيفما كانت الحاجة فالحكم الثابت بسببها يكون عاماً بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة؛ فإنه يكون مقتصراً وخاصاً بمن تعارفوه وتعاملوا عليه واعتادوه، وذلك؛ لأن الحاجة إذا مست إلى إلبات حكم تسهلاً على قوم لا يمنع ذلك من التسهيل على آخرين، بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة؛ فإنه يقتصر على أهل ذلك العرف؛ إذ ليس من الحكمة إلزام قوم بعرف آخرين وعاداتهم ومؤاخذاتهم بها، ولذا جوز الفقهاء بيع الوفاء للحاجة وإن كان القياس يقتضي عدم جوازه؛ لوجود شرط فيه نفع لأحد العاقدین مع أن هذه الحاجة لم تكن عامة بل خاصة بأهالي البخارى.

وجواز بيع السلم مستند على هذه القاعدة؛ لأنه بيع المعدوم والقياس يقتضي أن يكون باطلاً لكن جوز الحاجة الفلاحين؛ فإن أكثرهم في آخر السنة يصبحون باحتياج شديد إلى النقود قبل إدراك محصولهم.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

ويتفرع على هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الآخر يضمن قيمته.

٣٣- المادة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه. (١)

= وهذه القاعدة تقيد قاعدتي "الضرورات تبيح المحظورات" و "ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها" حيث تبين أن إباحة المحظور للضرورة بقدرها مطلقاً إنما هي فيما يتعلق بحق الله تعالى، وأما فيما يتعلق بحق الأدمي فإنه وإن أبيح في حال الضرورة إلا أنه مشروط بضمانه.

وشرح هذه القاعدة: أن الاضطرار لا يبطل حق الغير سواء كان الاضطرار بأمر سماوي، كالمجاعة والحيوان الصائل، أو غير سماوي، كالإكراه الملجئ، ففي الأول: يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعاً، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل، ويضمن في المحلين وإن كان مضطراً فإن الاضطرار يظهر في حل الإقدام لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير، وفي الثاني إذا كان وارداً على إتلاف مال الغير؛ فإن المكروه "بالكسر" يضمنه، أما غير الملجئ فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف، ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المكروه؛ لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير.

ويتفرع على هذه القاعدة ما لو انتهت مدة الإجارة أو الفارية والزرع بقل لم يحصد بعد؛ فإنه يبقى إلى أن يستحصد، ولكن بأجر المثل؛ لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة. (١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والأشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة قوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} [المائدة- ٢]؛ فإن إعطاء الحرام تعاون عليه.

وشرحها: أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضاً أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه سواء أكان على سبيل المنحة ابتداءً أم على سبيل المقابلة، وذلك؛ لأن إعطاءه الغير عندئذ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الإعانة والتشجيع عليه، فيكون المعطي شريك الفاعل، ومن المقرر شرعاً أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة والتشجيع عليه، لقوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ-

٣٤- المادة: ما حرم فعله حرم طلبه. ^(١)

٣٥- المادة: العادة محكمة. ^(٢)

«وَالْتَقْوَى وَلَا تَعَاوُنًا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» [المائدة-٢] فكما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه، وكذلك: الرشوة، وحلوان الكاهن، وأجرة المغني.

ويستثنى من عموم هذه القاعدة:

(أ) ما يدفع للشاعر ونحوه للتخلص من هجوه.

(ب) وما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان محتاجا.

(ج) وما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم لتخليص الباقي.

(د) وما يدفعه الإنسان رشوة لخوف على ماله أو نفسه أو ليسوي أمره عند سلطان أو أمير؛ فإن جميع ما دفع في هذه الوجوه يحرم على الآخذ، دون المعطي.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة أيضا قوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} [المائدة-٢].

وشرحها: أن ما حرم فعله بنفسه حرم طلبه من الغير، وكذا ما يكره فعله يكره طلبه؛ إذ السكوت على الحرام أو المكروه والتمكين منه حرام ومكروه، ولا شك أن طلبه فوق السكوت عليه والتمكين منه، فيكون مثله في أصل الحرمة بالأولى وإن تفاوتت الحرمتان بالقوة.

فكما لا يجوز غش الغير، ولا خديعته، ولا خيانتة، ولا إتلاف ماله، ولا سرقة، ولا غصبه، ولا الرشوة، ولا فعل ما يوجب حدا أو تعزيرا أو إساءة لا يجوز طلب شيء منها أن يفعله الغير.

ويستثنى منها مسألة، وهي: ما لو ادعى دعوى صادقة فأنكر الخصم فله طلب تحليفه، وفي الحقيقة لا استثناء؛ لأن طلب اليمين يكون رجاء لظهور الحق بنكوله عن اليمين الكاذبة لا رجاء الإقدام عليها.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والأشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها. =

يعني أن العادة عامة أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي.

٣٦- المادة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها. ^(١)

٣٧- المادة: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة. ^(٢)

وأصلها: قول ابن مسعود - رضي الله تعالى عنه -: «ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئ» رواه الحاكم في المستدرک.

وشرحها: أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي، العادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى. وهي المرادة بالعرف العملي، فالمراد بها حينئذ ما لا يكون مغايراً لما عليه أهل الدين والعقل المستقيم ولا منكراً في نظرهم. والمراد من كونها عامة: أن تكون مطردة أو غالبية في جميع البلدان، ومن كونها خاصة: أن تكون كذلك في بعضها، فالإطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة، وأحكامها مبسوبة في كتب الأصول فليراجع إليه.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

هذه القاعدة بمعنى القاعدة، العادة محكمة، ومبينة لها وهي شاملة للعرف القولي والعرف العملي، العرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه، والعرف العملي: كتعود أهل بلدة مثلاً أكل لحم الضأن أو خبز القمح، فلو وكل شخص من تلك البلدة آخر بأن يشتري له خبزاً أو لحماً فليس للوكيل أن يشتري للموكل لحم جمل أو خبز ذرة أو شعير استناداً على هذا الإطلاق.

وشرحها: أن استعمال الناس الغير المخالف للشرع ولا لنصوص الفقهاء ولا للشرط يعد حجة وإلا فلا يعد حجة، مثال المخالف للشرط أنه لو استأجر شخص آخر لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة معينة بينهما.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية.

٣٨-المادة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان. (١)

«وشرحها: أن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه، لليقن بكذب مدعيه، كقوله لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني، فكذلك الممتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالا جسيمة لم يعهد عنه أنه أصاب مثلها بإرث أو بغيره.

(تنبيه): الظاهر أن الممتنع حقيقة كدعوى بنوة من لا يولد مثله لمثله يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها، إذ لا فائدة في سؤاله عنها؛ لأنه لو أقر لا ينفذ إقراره؛ لأن شرط نفوذ الإقرار على المقر إمكان تصور صحته ولا يتصور صحة ذلك.

وأما الممتنع عادة فلا يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون سؤال الخصم؛ لأنه لو أقر الخصم نفذ عليه، كذا في شرح القواعد الفقهية.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها: أنه لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية المستندة على العرف بتغير الأزمان، أي بتغير عرف أهلها وعاداتهم، فإذا كان عرفهم وعاداتهم يستدعيان حكما ثم تغيرا إلى عرف وعادة أخرى فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم، ولذا لما كان لون السواد في زمن الإمام -رحمه الله تعالى- يعد عيبا فقال: بأن الغاصب إذا صبغ الثوب أسود يكون قد عيبه، ثم بعد ذلك لما تغير عرف الناس وصاروا يعدونه زيادة فقال صاحبه: إنه زيادة، وكذلك الدور لما كانت تبنى بيوتها على نمط واحد قال المتقدمون غير زفر: يكفي لسقوط خيار الرؤية رؤية بيت منها، ولما تبدلت الأزمان وصارت بيوت الدور تبنى على كفيات مختلفة رجح المتأخرون قول زفر من أن لا بد من رؤية كل البيوت ليسقط الخيار.

وهذا التغير هو المقرر ومسلم وهو سنة الله سبحانه في تشريعه لعباده؛ فإنه تعالى جعل توبة الإنسان بقتله نفسه، وإزالة النجاسة بقطعها، إلى غير ذلك من التشديدات، ثم لما جاء آخر الزمن وضعف التحمل وقل الجلد لطف الله سبحانه بعباده وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات ورفع تلك التكاليفات وقبول التوبات، كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان.

ومن أمثلتها: أنه لما ندرت العدالة وعزت في هذه الأزمان قالوا: بقبول شهادة الأمل فالأمل والأقل فجورا فالأقل. (معين الأحكام، باب القضاء بشهادة غير العدول). =

٣٩- المادة: الحقيقة تترك بدلالة العادة. ^(١)

٤٠- المادة: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت. ^(٢)

٤١- المادة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر. ^(٣)

ومنها: جواز تحليف الشهود عند إلحاح الخصم. (ر: المادة / ١٧٢٧ / من المجلة) إذا رأى الحاكم ذلك لفساد الزمان. (معين الحكام، الفصل الثاني من القسم الثالث في القضاء بالسياسة).

ومما فرغ على القاعدة: منع عمر بن عبد العزيز عماله عن القتل إلا بعد إعلامه وإذنه به بعد أن كان مطلقاً لهم، لما رأى من تغير حالهم. (شرح القواعد الفقهية).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها: أن الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف؛ لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعرف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً، والمراد بالحقيقة المذكورة في لفظ القاعدة هي الحقيقة المتهجورة، وإلا فإن الحقيقة المستعملة هي المعتبرة عند الإمام دون المجاز، وإن كان استعماله أكثر من استعمالها. (شرح القواعد الفقهية).

مثالها: لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان، إذ يتصرف المعنى إلى الدخول بأي وجه كان راكباً أو ماشياً، خافياً أو متعللاً؛ لأنه هو المتعارف، لا المعنى الحقيقي، وهو مباشرة القدم دخل أو لم يدخل؛ لأن هذا المعنى متهجور عرفاً، والعرف قاض على الوضع، وقد تركت الحقيقة هنا بدلالة العادة والعرف.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وهي في الحقيقة تقيد للقواعد التي جعلت العادة فيها مرعية على الإطلاق.

ومثالها: ما لو باع بدراهم، أو بدنانير، وكانت مختلفة في المالية والرواج، ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً؛ لأنه هو المتعارف فيصرف المطلق إليه، وإذا كانت متساوية في الرواج، والمسألة بحالها، فسد العقد؛ لأنه يؤدي إلى التنازع.

^(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها. =

٤٢- المادة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. ^(١)

٤٣- المادة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. ^(٢)

= وهذه القاعدة أيضاً في الحقيقة تقييد وتوضيح للقواعد التي جعلت العادة فيها مرعية على الإطلاق، وهي وثيقة الصلة بالقاعدة السابقة.

وشرحها: أن الحكم الشرعي يبنى على الغالب الشائع الوجود؛ لأن للأكثر حكم الكل ولا يبنى على القليل النادر الوجود؛ لأن النادر الوجود بمنزلة المعدوم، فإذا بني حكم على أمر غالب شائع فإنه يبنى عاماً للجميع، ولا يؤثر على عمومته وإطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد، أو في بعض الأوقات.

فقد جوز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء دينه من غير جنس حقه، لغلبة العقوق.

وقالوا: ليس للقاضي أن يقضي بعلمه؛ لفساد حال القضاة، وصححوا الاستنجار على الإمامة والأدان والتعليم؛ لتكاسل الناس عن القيام بها مجاناً، وجعلوا كل ذلك أحكاماً عامة، مع أنه لا شك في التخلف في بعض الأفراد وفي بعض الأوقات، ولكن لم ينظروا له وجعلوا العبرة للكثير الغالب.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها: أن المعتاد المتعارف بين الناس بمنزلة صريح اللفظ وإن لم يذكر صريحاً فلو أجر رجل عاملاً من غير تحديد الأجرة يجبر صاحب العمل على دفع الأجرة المتعارف عليها.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وهذه القاعدة داخلة تحت القاعدة السابقة، وذكرها من قبيل ذكر الأخص بعد الأعم اهتماماً بشأن المعاملات التجارية، فما وقع بين التجار من المعاملات التجارية أو بين غيرهم من العقود والمعاملات التي هي من نوع التجارة ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة، فلو تباع تاجران شيئاً ولم يصرحا في صلب العقد أن الثمن نقد أو نسيئة فعقد البيع وإن كان مقتضاه نقد الثمن حالاً إلا أنه إذا تعارفوا على أن الثمن يؤدي بعد أسبوع أو شهر لا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً وينصرف إلى عرفهم وعاداتهم في الأجل؛ لأن المعروف بينهم كالمشروط، ولا يتوهم من هذه القاعدة قصر العمل بالعرف في الأمور التجارية على ما يجري بينهم فقط بل المراد أن كل عمل هو من نوع التجارة إذا سكنت فيه عن قيد فالمرجع في ذلك العرف الجاري بين التجار. (شرح المجلة للأتاسي).

٤٤- المادة: التعين بالعرف كالتعيين بالنص. ^(١)٤٥- المادة: إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع. ^(٢)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها: أن أي حكم يترتب على التعين بصريح النص يترتب على التعين بالعرف والعادة. ويتفرع منها فروع: منها الإعارة المطلقة المتقيدة بالعرف والعادة، مثال ذلك: لو أعار شخص آخر دابة إعارة مطلقة لا يجوز للمستعير أن يركبها أو يحملها غير المعتاد المتعارف، فلو حملها حديدا أو سلك بها طريقا وعرا وكان تحميل الحديد وسلوك تلك الطريق غير معتاد يضمن. وكذلك الوكيل يبيع شيء وكالة مطلقة تعتبر عادة بأن لا يكون تصرفه مضرا بالموكل، فلو وكل شخص آخر يبيع شيء وكالة مطلقة فله أن يبيع ذلك المال بشمن معجل أو مؤجل إلى أجل متعارف التأجيل بين التجار، ولا يجوز له أن يبيعه لأجل أبعد من المعتاد.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها: أن كل شيء إذا تعارض عليه مانع ومقتضي يقدم المانع ويعمل بموجبه لا بالمقتضي؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات. ويتفرع منها فروع:

مها: ما لو أقر المريض مرض الموت لوارثه ولأجنبي بدين أو عين مشترك على الشيوع، بطل فيهما. ومها: ما إذا كان السفل لواحد والعلو لآخر فإن كلا منهما ممنوع عن التصرف في ملكه بما يضر بملك صاحبه، تغليباً للمانع على المقتضي.

ومنها: ما لو ضم ما لا يحل بيعه كالخنزير إلى ما يحل في صفقة واحدة يفسد البيع. (الدرر، من أواخر كتاب النكاح).

وينبغي أن يفيد إطلاق قاعدة تقديم المانع على المقتضي بما إذا لم يرب المقتضي على المانع، بأن تساويا، كما في مسألة بيع الراهن العين المرهونة؛ فإن المانع والمقتضي متساويان فيها؛ لتعلقهما بالمال =

فلا يجوز بيع الرهن من الآخر ما دام في يد المرتهن.

٤٦- المادة: التابع تابع. ^(١)

فإذا بيع حيوان في بطنه جنين يدخل الجنين في البيع تبعاً.

٤٧- المادة: التابع لا يفرد بالحكم. ^(٢)

فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن أمه.

٤٨- المادة: من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته. ^(٣)

المرهون على السواء، أو ربا المانع كما في مسألة الخروج على الإمام الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه مفسدة أعظم من جوره؛ فإنه حينئذ يقدم المانع. أما إذا ربا المقتضي على المانع فالظاهر أنه يقدم المقتضي، بدليل ما ذكروا في المضطر إذا لم يجد ما يدفع به الهلاك عن نفسه إلا طعام الغير فإنه يجوز له تناوله جبراً عليه، ويضمنه له، وتجوزهم تناول جبراً على المالك فيه ترجيح للمقتضي، وهو إحياء النفس، على المانع وهو كون الطعام ملك الغير، وما ذاك إلا لكون المقتضي رابياً على المانع؛ فإن حرمة النفس أعظم من حرمة المال. (شرح القواعد الفقهية).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها: أن ما كان تابعاً لغيره في الوجود تابع له في الحكم، ولا يفرد به بل يدخل في حكم مبرور، فإذا بيعت الدابة وفي بطنها حمل يدخل في البيع تبعاً لأمه ولا يجوز إفراده بالبيع، والتابع ههنا ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تبع لوجود متبوعه كالجنين، وكحق الشرب تبعاً للأرض، وكحق المرور تبعاً للطريق على الأظهر، فهذا التابع ينزل منزلة العدم من حيث تعلق الأحكام فلا يجوز إفراده بالحكم.

^(٢) هذه القاعدة من تنمة القاعدة السابقة فشرحها في شرحها.

^(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها: من ملك شيئاً أعم من كونه ملك عين أو تصرف ملك ما هو من ضروراته ولوازمه عقلاً أو عرفاً ولو لم يشترط في العقد.

فإذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل إليها.

٢٩- المادة: إذا سقط الأصل سقط الفرع.^(١)

= فمثال العين من اشترى داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق من هذه السكة، ولو لم ينص عليها في العقد؛ لأن الطريق من ضرورات الدار ولوازمها، والدار بدون الطريق لا يمكن الانتفاع بها أو السكنى فيها.

وكذا من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها فله أن يحفر الأعماق ويبني فوقها الطابق.

(تنبيه): الأصل أن ما يدخل في شراء الدار وغيرها من غير ذكر يندرج تحت قاعدتين:

١- كل ما كان في الدار من بناء وغيره يتناوله اسم المبيع عرفاً، كالحجارة المخلوقة والمثبتة في الأرض والدار.

٢- كل ما كان متصلاً اتصال قرار وهو ما وضع لا لأن يفصل، فيدخل الشجر لاتصاله بها اتصال قرار، ولا يدخل الزرع؛ لأنه متصل لأن يفصل.

وفي حكم المتصل المنقول المنفصل التابع للمتصل كالمفتاح تبعاً للقفل بحيث لا ينتفع به إلا به فيصير في حكم الجزء.

وما لم يكن من القسمين فإنه من حقوقه ومراقبه، فلا يدخل إلا بالذكر الصريح أو بقوله: بعتهما بكل ما فيها. (شرح المجلة للأناسي).

ومثال ملك تصرف من استأجر داراً للسكنى يدخل فيها طريقها وإن لم ينص بها في العقد.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أن الشيء الذي يكون وجوده فرعاً لوجود شيء آخر يكون ذلك الفرع تابعاً لهذا الأصل، فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبني عليه ولا عكس فلا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل.

ومثالها: أن براءة الأصل توجب براءة الكفيل فلو أبرأ الدائن ذمة مديونه الأصل برئ الكفيل بالمال عن الكفالة تبعاً بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل؛ فإنه لا يبرأ الأصل ولا يسقط الدين.

وفي الأشباه لابن نجيم: وقد ثبت الفرع، وإن لم يثبت الأصل، ومن فروعه: لو قال: لزيد علي عمرو ألف، وأنا ضامن به فأنكر عمرو لزم الكفيل إذا ادعاه زيد دون الأصل كما في الخاتبة.

٥٠- المادة: الساقط لا يعود ^(١) كما ان المعدوم لا يعود.

٥١- المادة: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه. ^(٢)

٥٢- المادة: إذا بطل الأصل يصار إلى البدل. ^(٣)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. وشرحها: أن كل الحقوق والواجبات التي تقبل السقوط بسبب مسقط للحق فإنه لا يعود بعد سقوطه، ويصبح معدوماً، فلا يعود كما لا يعود المعدوم إلا بسبب جديد يعيد مثلاً لا عينه. مثالها: ما لو كان الثمن غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن؛ فإنه يسقط حقه في حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك وحبه يستوفي الثمن. وفي الأشباه لابن نجيم: فلا يعود الترتيب، ولا العدة، ولا نفقات، بخلاف ما إذا سقط بالنسيان، فإنه يعود بالتذكر؛ لأن النسيان كان مانعاً لا مسقطاً، فهو من باب زوال المانع، آه. ^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها: إن الشيء الذي ثبت ضمناً إذا بطل متضمنه لا يبقى له حكم. مثالها: ما لو أقر إنسان لآخر، أو أبراه ولو إبراء عاماً، وكان الإقرار أو الإبراء مترتباً على عقد كبيع أو صلح، ثم انتقض البيع أو الصلح بوجه ما، بطل الإقرار والإبراء. وفي غمز عيون البصائر: أقول: يستثنى من ذلك ما في المجتبى: لو اشترى المسلم خمرًا من ذمي فشربها لا ضمان عليه ولا ثمن؛ لأن فعله بتسليط البائع (انتهى)؛ فإن بيع الخمر من المسلم باطل ولم يطل ما في ضمنه من تسليط البائع المشتري عليها، انتهى. ^(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وأصلها: قوله تعالى: (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر، وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين) البقرة، آية (١٨٤). وشرحها: إذا بطل الأصل بأن صار متعذراً يصار إلى البدل، أما ما دام الأصل ممكناً فلا يصار إلى البدل =

٥٣- المادة: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها. ^(١)

فَلَوْ وكل المشتري البائع في قبض المبيع لا يجوز أما لو أعطى جولقاً للبائع ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل كان ذلك قبضاً من المشتري.

٥٤- المادة: يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء. ^(٢)

=ومثالها: أنه يجب رد عين المفصوب إذا كان قائماً في يد الغاصب؛ لأنه تسليم عين الواجب وهو الأصل على الراجح؛ لأنه رد صورة ومعنى، وتسليم البدل رد معنى فقط، وهو مخلص وخلف عن الواجب، والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل، أما إذا تعذر رد الأصل، وهو رد عين المفصوب بأن كان هالكا أو مستهلكا، فيجب حينئذ رد بدله من مثل أو قيمة. (المادة / ٨٩١ / من المجلة).
^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وأصلها: في أصول الإمام الكرخي وهو قوله: (الأصل أنه قد ثبت الشيء تبعاً وحكماً وإن كان يبطل قصداً)؛ لأن الشرائط الشرعية المطلوبة يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي، ولكن التوابع قد يتساهل في استيفائها بعض هذه الشروط؛ لأنه قد يكون للشيء قصداً شروط مانعة، وأما إذا ثبت ضمناً أو تبعاً لشيء آخر فيكون ثبوته ضرورة ثبوت متبوعه أو ما هو ضمّنه، ففي المثال المذكور لا يصح أن يكون البائع وكيلاً عن المشتري في القبض قصداً، ويصح ضمناً في ضمن الأمر بالكيل في الغرارة وكذا لا يصح وقف حق الشرب ويصح تبعاً للأرض.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، في شرح القواعد الفقهية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها: أنه يغتفر أي يتسامح ويتساهل في البقاء أي في خلال الأمر وأثناءه ما لا يغتفر في الابتداء، وذلك؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، كما هو نص في القاعدة الآتية، ولذلك كان الاستصحاب يكفي حجة للدفع لا للاستحقاق؛ لأن الدفع عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه، والاستحقاق نزع وابتداء. ورفع الأول أسهل، فاكفي فيه بالاستصحاب حجة، بخلاف الثاني؛ فإنه أهم فلا بد فيه من الدليل.=

مثال ذلك أن هبة الحصة المشاعة لا تصح لكن إذا وهب رجل عقاراً من آخر فاستحق من ذلك العقار حصة شائعة كالنصف مثلاً لا تبطل الهبة في حق الباقي مع أنه صار بعد الاستحقاق حصة شائعة.

٥٥- المادة: البقاء أسهل من الابتداء. ^(١)

٥٦- المادة: التبرع لا يتم إلا بالقبض. ^(٢)

= ويستثنى من هذه القاعدة مسائل فيها عكسها أي اغتفر فيها في الابتداء ما لم يغتفر في البقاء: منها: ما لو فوض طلاق امرأته لعاقل، فجن فطلق لم يقع، ولو فوض إليه مجنوناً فطلق وقع. ومنها: ما لو وكل عاقلاً بالبيع، فجن جنوناً يعقل معه البيع والشراء، فباع، لم ينفذ، ولو وكله وهو بهذه الحالة من الجنون فباع نفذ (الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من باب تفويض الطلاق). ومنها: ما لو ولي السلطان قاضياً عدلاً ففسق انعزل على قول ولو ولاه فاسقاً صح. ^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية وغيرها. وهذه القاعدة هي أصل القاعدة السابقة وبمنزلة دليلها، وجميع ما قيل في تلك وما تفرع عليها يمكن أن يجري في هذه، فكان ينبغي تقديمها عليه؛ ليكون ذكر تلك بعدها في قوة التفريع عليها، إلا أن يدعى أنها أخرجت عنها لتكون بمثابة التعليل لها، وهو حسن.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. وشرحها: أنه لا يملك أحد إثبات ملك شيء لغيره بدون رضاه أي رضى الموهوب له أو المهدى إليه أو المتصدق عليه بما يُعطى، وإنما ذلك يظهر بقبض الممّلك وتسلمه، ولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعاً ابتداءً وانتهاءً كالهديّة والصدقة والهبة بلا شرط عوض، وبين ما كان تبرعاً ابتداءً معاوضةً انتهاءً، كالهبة بشرط عوض.

وأصلها: حديث عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية، فلما حضرته الوفاة، قال: والله يا بنية، ما من الناس أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز علي فقرا منك، وإني كنت نحلّك من مالي جذاذ عشرين وسقا، فلو كنت جذّتيه، واحتزّتيه كان لك، فإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هو أخوك وأختك، فاقسموه على كتاب الله - عز وجل - رواه محمد في موطئه. =

فإذا وهب أحد شيئاً إلى آخر لا تتم الهبة قبل القبض.

٥٧- المادة: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة. ^(١)

٥٨- المادة: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة. ^(٢)

= وكذا ما روي عن أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم أنه قال في الهبة والصدقة: «لا تجوز إلا مقبوضة معلومة» رواه أبو يوسف في كتاب الآثار.

ويستثنى من هذه القاعدة الوصية؛ فإنها تبرع وتتم بدون قبض.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها. وشرحها: أن تصرف الإمام وكل من ولي شيئاً من أمور المسلمين يجب أن يكون مقصوداً به المصلحة العامة لمن تحت ولايتهم؛ لأن الولاية مأمورون من قبل الشرع بتوخي المصلحة العامة والنفع للجماعة فكل عمل أو تصرف من الولاية على خلاف هذه المصلحة مردود وغير جائز.

وأصلها: قوله تعالى: {وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} [النساء: ٦] وحديث ابن عمر -رضي الله عنهما- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته» رواه البخاري وغيره.

مثالها: إذا تخير الإمام في الأسرى بين القتل والرق واليمن والفداء لم يجز له ذلك بمجرد التشهي بل بالمصلحة.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وأصلها: حديث عائشة -رضي الله عنها-: «والسلطان ولي من لا ولي له» رواه ابن ماجه في سننه. وشرحها: أن الولاية الخاصة أقوى من العامة؛ لأن كل ما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً وتمكناً. والولاية تكون عامة وخاصة: =

فولاية المتولي على الوقف أولى من ولاية القاضي عليه.

=أما العامة: فتكون في الدين والدنيا والنفس والمال، وهي ولاية الإمام الأعظم ونوابه؛ فإنه يلي على الكافة تجهيز الجيوش، وسد الثغور، وجباية الأموال، وتعيين القضاة والولاة، وإقامة الحج والجماعات، وإقامة الحدود والتعازير، وقمع البغاة والمفسدين، وحماية بيضة الدين، وفصل الخصومات وقطع المنازعات، ونصب الأوصياء والمتولين ومحاسبتهم، وتزويج الصغار والصغار الذين لا ولي لهم وغير ذلك من صوالح الأمور.

وأما الخاصة: فتكون أيضا في النفس والمال معا، وفي المال فقط، أما الأولى فعلى أربعة أنواع - : قوية فيهما، ضعيفة فيهما، قوية في أحدهما ضعيفة في الآخر:

أما القوية فيهما فولاية الأب ثم الجد أب الأب وإن علا؛ فإنهما يملكان على تزويج الصغار، ومداواتهم بالكي، وبط القرحة وغير ذلك، والتصرف في أموالهم بشرط حرية، وتكليف، واتحاد في الدين بالإسلام أو بغيره.

وأما الضعيفة فيهما فولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو من الأقارب، وكان هناك أقرب منه له؛ فإنه يلي على نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة؛ فإنه يملك تأديبه وإيجاره ودفعه في حرفة تليق بأمثاله، ويشترى له ما لا بد له منه، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله.

وأما القوية في النفس الضعيفة في المال فولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام؛ فإنهم يملكون من التصرف في نفس الصغير والمعتوه بالشرط السابق ما يملكه الأب والجد عند عدمهما، وبشرط الكفاءة ومهر المثل في النكاح بالنسبة لغير الابن. وأما الابن فإنه لا يتقيد بالكفاءة ومهر المثل؛ لأن ولايته في النفس كولاية الأب والجد، بل هو مقدم عليهما، وإن كانت في المال ضعيفة بمنزلة غيره من الأقارب، ويملكون هم وأوصياؤهم شراء ما لا بد للصغير منه، وقبض الهبة والصدقة له، وحفظ ماله دون التصرف فيه ولو موروثا له من قبل موصيهم.

وأما القوية في المال الضعيفة في النفس فولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي على الصغار؛ فإنه يتصرف في مالهم تصرفا قويا، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف كتصرف من كان الصغير في حجره من الأجانب. وأما ولاية المال فقط فولاية متولي الوقف في مال الوقف، وولاية الوصي في مال الكبير الغائب؛ فإنه يلي بيع غير العقار من التركة إلا لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه فيبيعه عليه. (شرح القواعد الفقهية).

٥٩- المادة: إعمال الكلام أولى من إهماله. ^(١)

يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى.

٦٠- المادة: إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز. ^(٢)

^(١) هذه القاعدة مذكورة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

ولهذه القاعدة شقان:

أحدهما: أن إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن.

والثاني: إذا لم يمكن إعماله يهمل، والثاني يتبين بمفهوم مخالف للأول، ولكن له فروع مستقلة عن الأول كما ستأتي فله نوع استقلال فلذا أفردته المجلة قاعدة مستقلة.

وشرحها: أن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا حمله على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يترتب عليه الحكم فالواجب حمله على المعنى المفيد للحكم؛ لأن خلافه إهمال وإلغاء وأن كلام العقلاء يسان عن الإلغاء ما أمكن، فلذا إذا كانت الحقيقة متعذرة أو مهجورة شرعاً أو عرفاً يصار إلى المجاز، والفرق بينهما أن المتعذر ما لا يصل إليه إلا بمشقة، والمهجور ما ليس الوصول إليه، ولكن الناس تركوه.

مثال المتعذرة: ما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة أو هذا الدقيق حنث في الأول بأكل ما يخرج منها أو يثمنها إن باعها، واشترى به مأكولاً، وفي الثاني بما يتخذ منه كالخبز، ولو أكل عين الشجرة، والدقيق لم يحنث على الصحيح.

ومثال المهجورة شرعاً: ما لو وكله بالخصومة؛ فإنه ينصرف إلى الجواب مجازاً فيتناول الإنكار، والإقرار بإطلاقه باعتبار عموم المجاز؛ لأن الحقيقة مهجورة شرعاً؛ إذ الخصومة منازعة، وهي حرام فانصرف إلى الجواب؛ لأنها سببه.

ومثال المهجورة عرفاً: ما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان حنث بدخوله مطلقاً سواء دخل راكباً أو ماشياً حافياً أو متعلأ؛ لأن الحقيقة مهجورة عرفاً. (الأشباه لابن نجيم وشرحه غمز عيون البصائر).

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

٦١- المادة: إذا تعدر إعمال الكلام يهمل. (١)

وشرحها: أنه إذا تعدرت الحقيقة بعدم إمكانها أصلاً لعدم وجود فرد لها في الخارج، كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد، أو بعدم إيصال إليها إلا بمشقة كما لو حلف على أكل الشجرة، وكذا إذا هجرت شرعاً أو عرفاً؛ لأن المهجور شرعاً أو عرفاً كالتعدر كما صرح به علماء الأصول يصار إلى المجاز؛ لأن المجاز خلف عن الحقيقة، ولئلا يهمل كلام العاقل.

وأمثلة هذه القاعدة قد مرت في شرح القاعدة السابقة فليراجع إليه.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها: أن كلام المكلف إذا لم يمكن حمله على معنى صحيح ولو مجازاً يكون لغواً فيهملاً؛ لأنه تقدم أنه إذا تعدرت الحقيقة يصار إلى المجاز محافظة على إعمال الكلام، فلما تعدر المجاز أيضاً بالضرورة يكون الكلام مهملاً؛ لأن الكلام لا يخلو عن أحدهما. وإلهمال الكلام والغائه أسباب:

منها: تعدر إرادة كل من المعنيين الحقيقي والمجازي، كما في قوله لزوجته الأكبر منه سناً المعروفة النسب من غيره: هذه بنتي، أما تعدر الحقيقة فلأن كبر السن وثبوت النسب من الغير يمنعان ثبوت النسب منه، وأما تعدر كونه مجازاً عن الطلاق فلأن الحرمة بالطلاق يقتضي ثبوت النكاح قبله وبين ثبوت النكاح وبين الحرمة الثابتة بالبنتية منافاة فلا يجوز استعارة "هذه بنتي" للطلاق. (شرح المجلة للأناسي).

ومنها: أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر، كما لو أوصى لمواليه، وله معتق بالكسر ومعتق بالفتح، فعند الحنفية بطلت الوصية، لصحة إطلاق هذا اللفظ عليهما مع اختلاف المعاني والمقاصد؛ لأن الوصية للأعلى مكافاة على إحسانه بالعق، وللأسفل زيادة في الإنعام.

ومنها: تعدر صحة الكلام شرعاً، كما لو قال لإحدى زوجتيه: أنت طالق أربعاً فقالت: الثلاث تكفيني. فقال: أوقعت الزيادة على فلانة زوجته الأخرى، لا يقع على الأخرى شيء؛ لأنها لما لم تصح الرابعة على الأولى أصبحت لغواً فلم تقع على الأخرى؛ لأن الشرع لم يوقع الطلاق بأكثر من الثلاث.

ومنها: ما يكذبه الظاهر، كمن ادعى على إنسان أنه قطع يده فإذا هي غير مقطوعة، أو أنه قتل شخصاً فإذا هو حي.

يعني إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل.

٦٢- المادة: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله. (١)

٦٣- المادة: المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة. (٢)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وفي قواعد الخادمي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها: أن ذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشروع كنصفه مثلاً، كذكر كله؛ لأننا إذا لم نقل بذلك والموضوع أن المحدث عنه لا يتجزأ يلزم إهمال الكلام بالمرّة، والحال أن إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله كما تقدم.

فذكر بعض الطلاق والقصاص والنسب كذكر الكل، فإذا وجد بعض منها أو نفي يأخذ حكم الكل فكان الكل وجد أو نفي.

وأما ما يتجزأ فلا يكون ذكر جزئه كذكر كله، فلو كفل بجزء من الدين نصفه أو ثلثه لم يكن كفيلاً بالكل بل يقتصر الكفالة على ذلك الجزء، وكذا لو أبرأ الدائن مديونه عن جزء الدين فقط برئ من ذلك الجزء لا من الكل.

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها: أن المطلق "وهو ما دل على شائع" في جنسه يجري على إطلاقه ما لم يتم دليل التقييد نصاً أي لفظاً، وذلك بأن يكون مقروناً بنحو صفة، أو حال، أو إضافة، أو مفعول، أو نهي، أو شرط، أو استثناء.

فالأول: كثوب هروي، وفرس عربي، ونحو ذلك.

والثاني: كأن دخلت راكباً مثلاً.

والثالث: كاشتر لي فرس زيد مثلاً.

والرابع: كبعه من فلان. =

٦٤- المادة: الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر. (١)

والخامس: كلا تبعه في سوق كذا.

والسادس: كالطلاق المعلق والنذر المعلق.

والسابع: كالاستثناء الواقع في الأقارب والعقود والتعاليق، كقوله: لك علي مائة إلا عشرة، وقوله: كفلت لك بمائة إلا خمسة مثلاً، وقوله: إن خرجت إلا بإذني فانت كذا. فكل ذلك تقييد لفظي يعمل عمله. أو دلالة كقول المكارى لآخر: اشتر لي بغلا أو بغلة، فاشترى له بغلة من مراكيب الأمراء بخمسين دينارا مثلاً، وكقول من قدم بلدة لغيره: استأجر لي داراً، فاستأجرها له بعد سنة مثلاً، فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الأمر في المحليين؛ لأنه في الأول يتقيد دلالة بدابة بحمل عليها الأثقال، وفي الثاني بدار يسد بها حاجته القائمة في الحال.

(تنبيه): اعلم أن القيد الذي يخرج المطلق عن الشيوع هو القيد الذي يكون مفيداً وإلا فيلغو ويلحق بالعدم، في البدائع من كتاب الوديعة: والأصل المحفوظ في هذا الباب أن كل شرط يمكن مراعاته، ويفيد فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته، ولا يفيد فهو هدر، آه.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها: أن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو، أي ساقط الاعتبار؛ لأن المقصود من الوصف التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك، وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ؛ فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية، والوصف يقلله. فإذا وجدت الإشارة يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه.

وهذا إذا كان المشار إليه من جنس الموصوف، كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس، وقال في إيجابه: بعك هذا الفرس الأدهم، وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم، وأما إذا كان من غير جنسه فلا عبرة للإشارة، بل للتسمية والوصف. فلو باع فصاً حاضراً وأشار إليه على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج، لا ينعقد البيع (المادة / ٢٠٨ / من المجلة) وأما إذا لم توجد الإشارة بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط فإن الوصف معتبر حينئذ، كما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب، والحال أنه أدهم، لا ينعقد البيع لازماً بل موقوفاً على رضا المشتري بالبيع.

مثلاً لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر وقال في إيجابه: بعث هذا الفرس الأدهم، وأشار إليه، وقبل المشتري صح ولغا وصف الأدهم، وأما لو باع فرساً غائباً، وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع.

٦٥- المادة: السؤال معاد في الجواب. ^(١)

يعني ما قيل في السؤال المصدق كان المجيب المصدق أقر به.

٦٦- المادة: لا ينسب إلى الساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان. ^(٢)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها: إذا ورد جواب بالكلام المتعين لأن يكون جواباً لما قبله لعدم استقلاله بنفسه أو لقرينة تصرفه إلى الجواب بعد سؤال مفصل، يعتبر الجواب مشتملاً على مضمون السؤال، ويكون المجيب مصداقاً بجميع ما تضمنه السؤال.

ومثالها: لو ادعى زيد في أمام القاضي بأن لي على عمرو هذا ألف درهم ثمن مبيع فأطلبها، فقال القاضي لعمرو: هل لهذا عليك ما يدعيه، فقال: نعم، يكون الجواب بنعم تصديقاً لما ادعاه، فكأنه قال: نعم له على ألف درهم ثمن مبيع.

وإذا لم يكن جواباً واعتبر مستقلاً بنفسه فلا يكون الكلام السابق معاداً فيه، مثاله على قول الإمام الأعظم: لو قالت طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثاً، وقع الثلاث مجاناً بغير شيء؛ لأن الثلاث لا تصلح جواباً للواحدة، فإذا قال: ثلاثاً فقد عدل عما سئلته فصار مبتدأ بالطلاق، فنقع الثلاث بغير شيء، والصاحبان اعتبرا هذا جواباً وزيادة؛ لأن في الثلاث ما يصلح جواباً للواحدة؛ لأن الواحدة توجد في الثلاث فقد أتى بما سألته وزيادة فيلزمها الألف كأنه قال: أنت طالق واحدة واحدة وواحدة. (شرح المجلة للأناسي).

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وذكر في قواعد الخادمي، وترتيب الآلي في سلك الأمالي الفقرة الثانية فقط. =

يعني أنه لا يقال لسأكت أنه قال لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

٦٧- المادة: دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه. ^(١)

وشرحها: أنها مشتملة على فقرتين: الأولى لا ينسب إلى السأكت قول، والثانية السكوت في معرض الحاجة بيان وهي كاستثناء من الأولى، وهي عند الأصوليين نوع من أنواع البيان، ويسمونه بيان الضرورة. مثال الفقرة الأولى: لو باع أجنبي مال أحد فضولياً وسلمه للمشتري وصاحب المال سأكت يشاهد البيع والتسليم وهو سأكت أو بلغه ذلك فسأكت، لا يعد سكوته توكيلاً بالبيع وإجازة كما في المادة-١٦٥٩/ من المجلة.

ومثال الفقرة الثانية: سكوت البكر عند استثمار وليها لها قبل التزويج، وكذا سكوتها إذا بلغها النكاح بعد ما زوجها، فهذا السكوت في حكم النطق بألها راضية بذلك العقد.

والمراد من السكوت سكوت القادر على التكلم وهو يعد كلاماً بشرط أن يكون دلالة عرفية من حال المتكلم أو يكون هناك ضرورة لدفع الضرر والضرر، يعني أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان. ولما كان الفقرة الأولى هي الأصل؛ لأن المعاملات مربوطة بالعقود والألفاظ الصريحة، جعلها أصل القاعدة والثانية ذيلها.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وترتيب الآلي في سلك الأمالي، وغيرها.

وشرحها: أن دليل الشيء في الأمور الباطنة أي فيما يتعسر الإطلاع عليه يقوم مقام وجود الشيء فيحال الحكم عليه، ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة وجود المدلول وثبوته. ويتفرع عليها فروع:

منها: أن المشتري إذا أطلع على عيب قديم في المبيع، فداواه أو عرضه للبيع مثلاً كان ذلك رضا منه بالعيب.

ومنها إذا أوجب أحد المتعاقدين فتشأغل الآخر بما يدل على الإعراض من قول أو عمل بطل الإيجاب، ومنها: أن الملتقط إذا أشهد حين الأخذ وعرفها كانت أمانة عنده لا تضمن، وإلا فهي غصب؛ لأن القصد لا يوقف عليه. =

يعني يحكم بالظاهر فيما يتعسر الإطلاع على حقيقته.

٦٨- المادة: الكتاب كالخطاب. ^(١)

٦٩- المادة: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان. ^(٢)

= ومنها: أن من رأى شيئاً في يد آخر يتصرف فيه تصرف المالك بلا معارض ولا منازع، وكان ممن يملك أمثاله مثله، جاز له أن يشهد له بأنه ملكه؛ لأن الملك من الأمور الخفية غير المشاهدة، وإنما تشهد دلالة من وضع اليد والتصرف.

ومنها: عدم سماع الدعوى فيما إذا تركها المدعي مدة مرور الزمن المقدرة عند الفقهاء. ^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وترتيب اللالي في سلك الأمالي، وشرح القواعد الفقهية وغيرها.

وشرحها: أن العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفاهية فما يترتب على الخطاب الشفاهي يترتب على العبارة الكتابية، فالقلم أحد اللسانين.

وأصلها: خطوط رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى رؤساء الكفار مع أنه - صلى الله عليه وسلم - كان مأموراً بتبليغ الرسالة فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لما كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مؤدياً للرسالة.

والمراد من الكتاب الكتاب المستبين المرسوم، والتقييد بالمستبين لإخراج غير المستبين، كالكتابة على الماء أو الهواء؛ فإنها لا تعتبر، والتقييد بالمرسوم، وهو ما كان فيه الخط والمخطوط عليه على الوجه المعتاد؛ ليخرج غيره، أما الخط فبأن يكون معنواً بقوله: من فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان. والظاهر أنه في زماننا يكفي أن يكون مذيلاً بإمضائه أو ختمه (كما تفيد المادة / ١٦٠٩) وأن ذلك يغني عن تصديقه بقوله: من فلان.

وأما المخطوط عليه فبأن يكون كاغداً، فلو كتب على الجدار أو ورق الشجر أو على الكاغد ولكن لا على وجه الرسم فإنه لا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه أو الإملاء على الغير ليكتبه. (شرح المجلة للأناسي).

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها. =

٧٠- المادة: يقبل قول المترجم مطلقاً. ^(١)

٧١- المادة: لا عبرة بالظن البين خطأه. ^(٢)

«وشرحها: أن الإشارة المعهودة أي المعلومة المعتادة للأخرس بعضو من أعضائه كيده أو رأسه معتبرة كالبيان باللسان وقائمة مقامه في كل شيء غير الحدود والشهادة، وذلك كالنكاح والطلاق والعناق والبيع والإجارة والهبة والرهن والإبراء والإقرار والإنكار والحلف والنكول، قال في فتح القدير: وهذا استحسان بالضرورة؛ فإنه لو لم يعتبر ذلك منه أدى إلى موته جوعاً وعطشاً وعرياً، آه.

والمراد بالمعهودة المعلومة المعتادة كتحرريك الرأس عرضاً عند الإنكار، وطولاً عند الإقرار، فلو لم تكن إشارته المعتادة معلومة عند القاضي يلزم استفساره ممن يعرفها من أصحابه وجيرانه وأقربائه، ويلزم أن يكون المترجم عدلاً؛ لأن الفاسق لا يقبل قوله. (شرح المجلة للآتاسي).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وأصلها: ما روي عن خارجة يعني ابن زيد بن ثابت، قال: قال زيد بن ثابت: أمرني رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فتعلمت له كتاب يهود، وقال: «إني والله ما آمن يهود على كتابي» فتعلمته، فلم يمر بي إلا نصف شهر حتى حدثته، فكنت أكتب له إذا كتب وأقرأ له، إذا كتب إليه رواه أبو داود وغيره.

وشرحها: يقبل قول المترجم الواحد في الدعاوي والبيانات وما يتعلق بها مطلقاً أي في أي نوع كان منها، ولو في الحدود والقود.

وفي شرح المجلة للآتاسي: وهل يكفي أن يكون واحداً بعد أن يكون عدلاً أم لا بد من نصاب الشهادة اثنين؟ الأول قول الإمام الأعظم وأبي يوسف -رحمهما الله تعالى-، والثاني قول الإمام محمد -رحمه الله تعالى-، قال العلائي: والاثنان أحوط، آه.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها. وشرحها: أنه لا عبرة أي لا مبالاة بالظن البين خطأه بل يلغى ويجعل كأن لم يكن، سواء أكان الخطأ ظاهراً ومبيناً للحال، أو كان خفياً ثم ظهر بعد؛ لأن الظن يزال باليقين. -

٧٢- المادة: لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل. (١)

=وهذه القاعدة لها فروع مختلفة الأنواع، تشمل الاجتهادات وأحكام القضاة والعبادات والمعاملات التجارية بين الناس من عقود وإقرار وإبراء وغيرها، فالعبرة في جميع ذلك لما في نفس الأمر لا لخطأ الظن، فكل ما كان مبنياً على خطأ الظن لا يعتبر.

فالمجتهد إذا اجتهد في المسائل الاجتهادية ثم ظهر له استنباط أو دليل آخر أقوى فيجب عليه أن يرجع عن قوله الأول إلى ذلك القول، كما ترى أن المجتهدين كثيراً ما رجعوا من قول إلى آخر. وكذا القاضي إذا حكم على ظن أن حكمه موافق للشرع ثم تبين له أن ظنه كان خاطئاً فحكمه الأول باطل يجب عليه الرجوع إلى حكم موافق للشرع، غير أن في زماننا لما جعلت المحاكم طبقات بعضها أعلى من بعض فبعد تسجيل حكمه ينقض من محكمة أعلى.

وكذا لو ظن المتوضي أن الماء نجس فتوضأ به ثم تبين أنه طاهر جاز وضوءه إذا لم يصل به وأما إذا صلى به فبعد الصلاة.

وخرجت عن هذه القاعدة مسائل:

الأولى: لو ظنه مصرفاً للزكاة فدفع له ثم تبين أنه غني أو ابنه أجزأه عندهما خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله تعالى -، ولو تبين أنه عبده أو مكاتبه أو حربي لم يجزه اتفاقاً.

الثانية: لو صلى في ثوب وعنده أنه نجس فظهر أنه طاهر أعاد.

الثالثة: لو صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه متوضي أعاد.

الرابعة: صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل لم يجزه فيهما، وهي في فتح القدير من الصلاة. (الأشباه والنظائر لابن نجيم).

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أنه لا حجة أي لا برهان مقبول ولا احتجاج مسموع مع قيام الاحتمال الناشئ عن الدليل، ولذا قالوا: إذا وجد الاحتمال بطل الاستدلال، وأما إذا لم يكن ناشئاً عن دليل بل مجرد توهم فلا يقاوم الحجة؛ لأنه توهم ولا عبرة بالتوهم كما يأتي في القاعدة اللاحقة.

وتوضيح المثال المذكور: أنه لو أقر الرجل بدين لأحد ورثته، بإقراره هذا يحتمل الصدق، ويحتمل أن يكون قصده تخصيص أحد الورثة بشيء من ماله وحرمان غيره، فإن كان في حال الصحة صح إقراره؛ =

مثلاً لو أقر لأحد ورثته بدين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدق به باقي الورثة، وذلك؛ لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستند إلى دليل كونه في المرض، وأما إذا كان الإقرار في حال الصحة جاز واحتمال حرمان سائر الورثة ههنا غير ناش عن الدليل فلا يمنع حجية الإقرار.

٧٣- المادة: لا عبرة للتوهم. ^(١)

٧٤- المادة: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان. ^(٢)

لأن احتمال هذا القصد توهم عار عن الدليل ولا عبرة للتوهم فيكون إقراره حجة يعمل به، وإن كان في حال المرض لا، إلا أن يصدق به باقي الورثة، راجع المادة - ١٥٩٨ - من المجنة؛ لأن هذا الاحتمال مؤيد بدليل عقلي، وهو المرض، فلا يكون إقراره حجة لترجيح أحد الاحتمالين على الآخر بالدليل، بخلاف إقراره للأجنبي؛ فإنه يصح بمنزلة إقراره في الصحة؛ لأن هذا من حوائجه؛ فإنه يحتاج إلى إظهار ما عليه ليفك رقبته، وحاجته مقدمة على حق الورثة.

ومن تطبيقاته: أنه لا تقبل شهادة الزوجين وشهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض؛ لاحتمال الميل الناشئ عن القرابة.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية.

وشرحها: أنه لا عبرة للتوهم أي لا يبنى عليه حكم شرعي، بل يعمل بالثابت قطعاً أو ظاهراً دونه، التوهم: هو إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متروك فيه، والمراد منه الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول فلو أثبت الورثة إرثهم بشهود قالوا: لا نعلم له وارثاً غيرهم يقضى لهم، ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزاحمهم؛ لأنه موهوم.

وكذلك لو أثبت الغرماء ديونهم بشهود قالوا: لا نعلم له غريباً غيرهم؛ فإنه يقضى لهم في الحال، ولا عبرة لما عساه يظهر من الديون؛ لأنه وهم مجرد.

وكذلك لو كان للدار الميعة شفيعان: غائب وحاضر، وطلب الحاضر الشفعة؛ فإنه يقضى له بها عند تحقيقها، ولا يتأخر حقه لما عساه يحدث من طلب الشفيع الآخر عند حضوره؛ لأنه موهوم.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

٧٥- المادة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر. ^(١)

= وشرحها: أن الثابت بالبرهان" المراد به ما عليه اصطلاح الفقهاء، وهو البينة الشخصية العادلة لدى القاضي "كالثابت بالعيان" وهو المشاهدة. فكما أن الأمر للمشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما ثبت بالبينة المزكاة لا تسوغ مخالفته؛ لأن البينة كاسمها مبينة، فإذا ثبت بالبينة إقرار المدعي عليه بالمدعي مثلاً يحكم عليه بمنزلة ما إذا أقر بالحضرة والمشاهدة، وأما احتمال خلافه بسبب من الأسباب ككون الشهود كذبة متسترين بالصالح أو نحو ذلك من الاحتمالات هو في حيز المتوهم بالنسبة للبينة الظاهرة؛ لأن الشرع أوجب قبول الشهادة إذا استوفت شروطها وأوجب إثبات الأحكام بها إذا لم يكن ثم إقرار من المدعي عليه، بل البينة أقوى في ثبوت الحكم من الإقرار؛ لأن الثابت بالإقرار لا يتعدى إلى غير المقر، والثابت بالبينة يتعدى إلى كل من له علاقة بالدعوى إذا اتحد السبب. ومثالها: إذا ثبت الدين أو البيع أو الكفالة أو الغصب مثلاً بالبينة فإن القاضي يحكم به بمنزلة ما إذا شوهده بحس البصر.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وشرح القواعد السعدية. وشرحها: أن المدعي إذا ادعى حقاً على آخر فعليه البينة لإثبات حقه، وإن لم يكن له بينة فعلى المدعي عليه المنكر اليمين عند طلب المدعي، هذه القاعدة لفظ حديث نبوي شريف، رواه الترمذي والبيهقي، قال النووي: هذا الحديث قاعدة شريفة كلية من قواعد أحكام الشرع، ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة، أو تصديق المدعي عليه، فإن طلب يمين المدعي عليه فله ذلك، آه.

والحكمة فيه أن جانب المدعي ضعيف؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، فكانت الحجة القوية واجبة عليه؛ ليتقوى بها جانبه الضعيف، والحجة القوية هي البينة. وجانب المدعي عليه قوي؛ لأن الأصل عدم المدعي به للقاعدة: الأصل براءة الدمة، فاكفي منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين، وإنما كان البينة حجة قوية واليمين حجة ضعيفة؛ لأن البينة لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً فيقوي جانب صدقها بخلاف الحالف، لأنه يجلب لنفسه النفع ويدفع الضرر فيحتمل الكذب، كذا في فتح الباري للحافظ ابن حجر، لكن تصلح حجة للمدعي عليه؛ لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد يكفي له حجة ضعيفة.

٧٦- المادة: البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل. (١)

٧٧- المادة: البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة. (٢)

٧٨- المادة: المراء مؤاخذ بإقراره. (٣)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. وشرحها: أن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر أي خلاف الأصل، كإضافة الحادث إلى أبعد أوقاته، وعدم بقاء ما كان، وكوجود الصفات العارضة، وكشغل الدمة؛ فإن كل ذلك خلاف الأصل؛ فإن الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وبقاء ما كان على ما كان عليه، وعدم وجود الصفات العارضة، وبراءة الدمة. فلا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة.

واليمين شرعت لإبقاء الأصل على ما كان عليه من عدم إن كان الأصل عدم المتنازع فيه، كالصفات العارضة، أو وجود إن كان الأصل وجود المتنازع فيه، كالصفات الأصلية.

مثالها: أنه لو ادعى أحد العاقدين الاختيار في العقد والآخر الإكراه فالبينة على مدعي الإكراه؛ لأن الأصل الاختيار وادعاء الإكراه ادعاء بما يخالف الظاهر.

(٢) ذكر هذه القاعدة في شرح مجلة الأحكام، وشرح القواعد الفقهية.

وشرحها: أن البينة حجة متعدية أي متجاوزة إلى غير من قامت عليه، وملزمة عليه؛ لأن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي، وولاية القاضي عامة، فينفذ قضاؤه في حق الغير أيضاً، والإقرار حجة قاصرة على نفس المقر لا تتجاوزته إلى غيره؛ لأن كونه حجة يبتني على زعمه، وزعمه ليس بحجة على غيره، ولأن الإقرار حجة بدون القضاء ولا ولاية للمقر إلا على نفسه فيقتصر إقراره عليه، فلذا إذا ثبت الدين على التركة بالبينة يثبت في حق جميع الورثة، سواء كان الثبوت بمواجهة الوصي أو بمواجهة أحد الورثة، وإذا ثبت بإقرار أحد الورثة يقتصر على حصته ولا يتعدى إلى حصص باقي الورثة.

(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه،

وغیرها. =

٧٩- المادة: لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم. ^(١)

= وشرحها: ان المرء مواخذ بإقراره إذا كان بالغاً عاقلاً طائعاً فيه، ولم يصر مكذباً فيه بحكم الحاكم، ولم يكن محالاً من كل وجه عقلاً أو شرعاً، ولم يكن محجوراً عليه، وأن لا يكون مما يكذبه ظاهر الحال، وأن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة (أنظر المادة / ١٥٧٣ و ١٥٧٥ و ١٥٧٧ و ١٥٧٨ من المجلة) فلو أقر صغيراً أو معتوهاً أو مكرهاً لا يعتبر إقراره إلا في السارق إذا أقر مكرهاً، فأفتى بعضهم بصحته ورجحه في البزازية وغيرها، كما في التكملة.

وكذا إذا صار مكذباً بحكم الحاكم بطل إقراره (المادة / ١٥٨٧ و ١٦٥٤) كما إذا ادعى مشتري العقار أنه اشتراه بألف مثلاً، وأثبت البائع أن الشراء كان بألفين وقضي له؛ فإن الشفيع يأخذه بألفين وإن كان المشتري أقر بالشراء بألف؛ لأنه لما قضي عليه بالبينة صار مكذباً بحكم الحاكم وبطل إقراره.

وكذا إذا كان المقر به محالاً من كل وجه، عقلاً، أو شرعاً: فالأول: كما إذا أقر له بأرض يده التي قطعها وهي قائمة، والثاني: كما إذا أقر لوارث معه أنه يستحق بطريق الإرث أكثر من حصته الشرعية كان باطلاً. ^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية.

وشرحها: أنه لا حجة مع التناقض أي لا تعتبر الحجة ولا يعمل بها مع قيام التناقض، ولكن إذا وقع التناقض في الحجة، أي الشهادة، بعد ما حكم بها لا يختل معه حكم الحاكم.

اعلم أن التناقض إما أن يكون في الدعوى فقط، أو في الشهادة فقط، أو بين الدعوى والشهادة، فإن كان في الدعوى ترد ابتداءً، فلا تسمع حتى يمكن التوصل لإقامة الحجة عليها إلا إذا ظهرت معذرة المدعي كما في المادة - ١٦٥٥ - من المجلة، وما إذا وفق المدعي بين تناقضه. كما لو أقر أحد: بأنه استاجر داراً ثم ادعى أنها ملكه؛ فإن دعواه لا تسمع، ولكن إذا وفق كأن قال: كنت مستاجراً ثم اشتريتها تسمع دعواه كما في المادة - ١٦٥٧ - من المجلة، وإن كان التناقض في الشهادة، بأن رجع الشهود، فإنه يشترط أولاً أن يكون رجوعهم في مجلس حاكم، أي حاكم كان، فلو رجعوا خارج مجلس الحاكم لا يلتفت إلى رجوعهم مطلقاً، سواء كان قبل الحكم أو بعده كما في المادة - ١٧٣٩ - من المجلة، وأما لو رجعوا في حضوره، فإن كان قبل الحكم بشهادتهم تردش لأنه لا يقضى بكلام متناقض ويعزرون، ولا ضمان عليهم؛ لأنهم لم يتلفوا بشهادتهم شيئاً، وإن كان بعد الحكم بها لا ينقض حكم الحاكم الذي صدر قبل الرجوع؛ لأن كلامهم الثاني مثل الأول في احتمال الصدق، فينظر حينئذ فيما يرجح أحد =

مثلاً لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به لا ينقض بل عليهما ضمان.

٨٠- المادة: قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل. ^(١)

مثلاً لو قال رجل لرجل: إن لك على فلان كذا ديناراً وأنا كفيل به فانكر الأصل الدين لزم على الكفيل أدائه.

٨١- المادة: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط. ^(٢)

=الكلامين على الآخر، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، والقضاء يمان عن الإلغاء ما أمكن، فلا ينقض برجوعهم هذا ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم؛ لأنهم لما رجعوا بعد القضاء فقد أقروا على أنفسهم بالإتلاف، والإتلاف سبب للضمان وكونهم متناقضين لا ينافي مؤاخذتهم؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، كما في الهداية من كتاب الرجوع عن الشهادة.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها، وهي تنمى لقاعدة "إذا سقط الأصل سقط الفرع".

وشرحها: أنه قد يثبت أي قد يوجد ويبقى الفرع مع عدم ثبوت الأصل أي وجوده.

أفادت هذه القاعدة أنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود: أما وجود الأصل بدون وجود الفرع، كالمديون إذا لم يكن له كفيل، فهو ظاهر، إذ ليس كل أصل له فرع.

وأما وجود الفرع بدون وجود الأصل فأمثلته كثيرة: منها: ما في القاعدة "مثلاً لو قال رجل: إن لفلان على فلان ديناً، وأنا كفيل به، وبناء على إنكار الأصل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم الكفيل أدائه.

وكذا لو ادعى الزوج بدل الخلع على المرأة فانكرت، بانت، والبيتونة هي فرع للمال في الخلع، ولا يلزمها المال الذي هو الأصل في الخلع. (الدر المختار، من الخلع).

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أن المعلق بالشرط من الأمور التي يصح تعليقها بالشرط يجب ثبوته أي وجود المعلق عند ثبوت الشرط أي وجوده، التعليق: هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء كان الربط لأحدى أدوات الشرط نحو: إن، وإذا، وإذا ما، وكل، ومتى، وكلما، ومتى ما، ولو أو بما يقوم =

٨٢- المادة: يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان. (١)

=مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو ظرف أو حرف جر غير لام التعليل أو استثناء " إلا أن " إذا تقدمه ما لا يحتمل التأقيت، كالطلاق.

كما لو قال: امرأته طالق إلا أن يقدم زيد مثلاً؛ فإنه يحمل على الشرط، فيصير كأنه قال: إن لم يقدم زيد فامرأته طالق (الدر وحاشيته، من باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام) أما ما يحتمل التأقيت، كالأمر باليد فإنه يكون للغاية لا للشرط.

ويشترط لصحة التعليق: كون الشرط المعلق عليه معدوماً في الحال ممكن الوجود عادة في المستقبل، فالتعليق بالمحقق الوجود في الحال كأن كانت السماء فوقنا تنجز.

وكذا التعليق بالممكن عقلاً لا عادة، كأن لم أصد السماء، وإن لم أقلب هذا الحجر ذهباً؛ فإنه تنجز بحث به للحال.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أنه يلزم مراعاة الشرط الجائز بقدر يمكن مراعاته، يعني أن الشخص إذا اشترط شرطاً في عقد أو تصرف وكان الشرط جائزاً شرعاً يلزم المحافظة على هذا الشرط بقدر الاستطاعة الممكنة، فما زاد عن الطاقة فلا يلزم مراعاته، وكذا إذا كان لعبادة شروط لصحتها وجوازها فإنما يجب مراعاتها بالقدر الممكن فما زاد عن الطاقة فلا.

والمراد بمراعاة الشرط الوفاء به؛ فإنه ورد في الحديث عن أنس وعائشة -رضي الله تعالى عنهما- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: " المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك ".

والمراد بالشرط هنا المقيد به، لا المعلق عليه المذكور في القاعدة السابقة، والفرق بين المعلق بالشرط والمقيد بالشرط أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط؛ لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه، بخلاف المقيد بالشرط؛ فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود عن القيد، بل سبقه عليه كما هو ظاهر.

ثم تقييد الشرط بالجائز لإخراج الفاسد؛ فإن الشرط الفاسد وهو: ما كان فيه نفع لأحد العاقلين بشروط في صلب العقد، كشراء ثوب على أن يصبغه له البائع، أو فيه نفع لمبيع وهو من أهل الاستحقاق، كشراء العبد على أن يعتقه المشتري، فإن كل ذلك مفسد للعقد =

٨٣- المادة: المواعيد بصورة التعاليق لازمة. (١)

مثلاً لو قال رجل لآخر: بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك فلم يعط المشتري لزم عليه أداء الثمن بناء على الوعد المعلق.

٨٤- المادة: الخراج بالضمان. (٢)

مثالها: إذا قال المودع للمودع: أمسك الوديعة بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً، فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها؛ لأن ما شرط عليه ليس في وسعه عادة، ولكن لو اشترط عليه أن لا يسافر بها فسافر بها فهلكت فهو ضامن؛ لمخالفة الشرط.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم.

وشرحها: أن الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء، وإنما كان الوفاء به مطلوباً ديانة، فلو وعد شخص آخر بقرض أو بيع أو بهبة إلخ، فليس للموعد أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده بقوة القضاء، غير أن الفقهاء لاحظوا أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد، فيصبح عندئذ ملزماً لصاحبه، وذلك فيما يظهر اجتناباً لتغريب الموعد بعد ما خرج الوعد مخرج التعهد، ولذلك قال ابن نجيم: "لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً"، فالمواعيد تصدر من الإنسان فيما يمكن ويصح الالتزام له شرعاً، فإذا صدرت منه بصورة التعليق أي بأن كانت مصحوبة بأدوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع، تكون لازمة؛ لحاجة الناس إليها.

وهذه القاعدة فرع عن قاعدة "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط".

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وفي الأشباه: هو حديث صحيح رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة -رضي الله عنها-، وفي بعض طرقه ذكر السبب وهو {أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي -صلى الله عليه وآله وأصحابه وسلم- فردّه عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي فقال: الخراج بالضمان}. =

يعنى أن من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان، مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزم أجرته؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله.

٨٥- المادة: الأجر والضمان لا يجتمعان. (١)

= قال أبو عبيد: الخراج في هذا الحديث غلة العبد؛ يشتره الرجل فيستعمله زماناً لم يعثر منه على عيب دلّسه البائع فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها؛ لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله (انتهى). وفي الفائق: كل ما خرج من شيء فهو خراجه، فخراج الشجرة ثمره، وخراج الحيوان دره ونسله (انتهى). وذكر فخر الإسلام في أصوله أن هذا الحديث من جوامع الكلم، لا يجوز نقله بالمعنى.

وقال أصحابنا - رحمهم الله تعالى - في باب خيار العيب: إن الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لا تمنع الرد بالعيب، كالكسب والغلة، وتسلم للمشتري ولا يضر حصولها له مجاناً؛ لأنها لم تكن جزءاً من المبيع فلم يملكها بالثمن، وإنما ملكها بالضمان وبمثل يطيّب الربح؛ للحديث، انتهى كلام الأشباه.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وترتيب الآلي في سلك الأمالي، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أن الأجر وهو بدل المنفعة عن مدة ما، والضمان وهو الغرامة لقيمة العين المنتفع بها أو نقصانها، لا يجتمعان إذا اتحدت جهتهما؛ لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدم التملك، وبينهما منافاة، وإنما قيدنا بقولنا "إذا اتحدت جهتهما"؛ ليخرج ما إذا اختلفت جهتهما؛ لأنه يجوز اجتماعهما عند اختلاف الجهة كالدابة إذا استأجرها ليركب وحده فأردف من يستمسك بنفسه، وكانت تطبق حمل الاثنين، فعطيت بعد بلوغ المقصد، فعليه كل الأجر؛ لاستيفاء المنفعة المرادة، ويضمن نصف قيمتها؛ للتعديّة بالارداًف، وإنما ضمن النصف؛ لأن ركوبه مأذون فيه، وركوب الآخر غير مأذون فيه، فكان غاصباً في النصف، وذلك؛ لعدم اتحاد جهة الأجر وجهة الضمان، وللتفصيل فليراجع إلى رد المحتار من الإجارة، وشرح المجلة للأتاسي، ودرر الأحكام لعلي حيدر.

ويتفرع على هذه القاعدة فروع:

منها: أنه من استأجر دابة وتعدى إلى مكان آخر ولم ينتفع بها مطلقاً، وسلمها فلا أجر له؛ لأنه في معرض الضمان كالغاصب. =

٨٦- المادة: الغرم بالغرم. ^(١)

يعني أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره.

٨٧- المادة: النعمة بقدر النعمة والنقمة بقدر النعمة. ^(٢)

٨٨- المادة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً. ^(٣)

=ومنها: أنه من استاجر دابة وتعدى ثم انتفع بها وسلمها فهو في معرض الضمان ولا أجر عليه.
ومنها: أنه لو غصب رجل بعير آخر واستعمله حتى هلك أو هزل وطراً على قيمته نقصان فضمن لصاحبه قيمته أو نقصان قيمته فلا أجر عليه.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
هذه عكس القاعدة "الخراج بالضمان" يعني إذا كان النفع بمقابلة الضرر فالضرر يتحمل بمقابلة النفع.
ثم لا فرق في الغرم بين أن يكون مشروعاً كمؤونة تعمير الملك المشترك؛ فإنها عليهم بمقابلة انتفاعهم به انتفاع الملاك، وكمؤونة كرى النهر المشترك وتعمير حافاته وتطهير مائه؛ فإنها على الشركاء فيه بمقابلة انتفاعهم بحق الشرب.

أو يكون غير مشروع، كالتكاليف الأميرية التي تطرح على الأملاك؛ فإنها على أربابها بمقابلة سلامة أملاكهم.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

واحتوت هذه القاعدة على جملتين: الأولى منهما متحدة المآل لقاعدة الخراج بالضمان، والثانية منهما متحدة المآل لقاعدة الغرم بالغرم، فما يتفرع على كل من القاعدتين المذكورتين يتفرع على متحدتها من جملة هذه القاعدة، ولكن هذه القاعدة مشتملة على زيادة وهي أن النعمة والنقمة كل واحد بقدر مقابله فيما يمكن فيه محافظة التقدير.

^(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه.
وشرحها: أنه يضاف الفعل أي ينسب حكمه؛ لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها، لا من حيث ذواتها إلى الفاعل، ويقتصر عليه إذا كان عاقلاً بالغاً، ولم يصح أمر الأمر في زعم المأمور؛ =

٨٩-المادة: إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر. (١)

=لأنه الفاعل هو العلة للفعل، ولا ينسب الفعل إلى الأمر به؛ لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل كما في المادة ٩٥ من المجلة، ومتى بطل الأمر لم يضمن الأمر، ولأن الأمر قد يكون سببا والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها؛ لأنها هي المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها؛ لأنها موصلة إليها في الجملة، والموصل دون المؤثر.

ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الأمر ما لم يكن الأمر مجبرا أي مكرها للفاعل على الفعل، فإذا كان مكرها له عليه فحينئذ تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه، لا إلى الفاعل؛ لأن الفاعل بالإكراه صار كآلة في يد المكره.

مثالها: لو قال إنسان لآخر: أتلّف مال فلان ففعل كان الضمان على المأمور إذا فعل؛ حيث لا يعد الأمر مجبرا شرعا كما يعلم من باب الإكراه، ولأن الأمر إذا لم يكن مالكا فأمره بالتصرف في ملك الغير باطل. ثم إنما قيدنا اقتصار الحكم على الفاعل بقولنا: "إذا كان عاقلا بالغاً؛ لأنه إذا لم يكن كذلك، بأن كان غير عاقل، أو كان صبيا فإن الفعل يضاف إليه ويضمن ثم يرجع إليه على الأمر، مثال ذلك: لو أمر رجل بالغ عاقل صبيا أو مجنوناً باتلاف مال فأتلفه الصبي أو المجنون فالضمان في مال الصبي أو المجنون حسب المادة (٩٦٠) إلا أن لوليه الرجوع على الأمر بما دفعه من مال الصبي، بخلاف ما لو كان الأمر صبيا فليس للولي حق الرجوع عليه وقيدنا أيضا اقتصار الحكم على الفاعل بقولنا: "ولم يصح أمر الأمر في زعم المأمور؛ لأنه لو صح في زعمه فإنه يرجع عليه بما ضمن وإن كان الأمر غير صحيح في الواقع، وفي الدر المختار وحاشيته من آخر الفصب: وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الأمر (أشباه) وهذا فيما إذا قال: احفر لي، أو قال احفر في حائطي، أو كان ساكنا في تلك الدار، أو استأجره على ذلك؛ لأن ذلك كله من علامات الملك، وإلا فلا يرجع؛ لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور. انتهى.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها: أنه إذا اجتمع المباشر للفعل، أي الفاعل له بالذات والمتسبب له، أي المفضي والموصل إلى وقوعه يضاف الحكم إلى المباشر؛ لما تقدم من أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن=

مثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر.

٩٠- المادة: الجواز الشرعي ينافي الضمان. (١)

لو حفر إنسان في ملكه بئراً فوق وقع فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً.

تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة؛ لأن تلك أقوى وأقرب؛ إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه من تلف أو غيره، فعل فاعل مختار، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب. مثالها: أنه لو حفر رجل بئراً في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان؛ لأنه العلة المؤثرة ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، دون حافر البئر؛ لأنه وإن كان فعله مفضياً وموصلاً إلى التلف، إلا أن التلف لم يحصل بفعله، بل يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، وهو مباشر الإلقاء بلا واسطة، فكان الضمان عليه، حتى لو لم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار بأن ألقى فيه حيوان بلا صنع أحد ضمن الحافر إذا كان متعدياً بأن كان حفره بغير إذن ولي الأمر.

واستثنى منها ما لو دل المودع السارق على الوديعة؛ فإنه يضمن لترك الحفظ، وكذا الإفتاء بتضمن الساعي، وهو قول المتأخرين؛ لغلبة السعاية، كما في الأشباه لابن نجيم.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أن الجواز الشرعي وهو كون الأمر مباحاً، فعلاً كان أو تركاً ينافي الضمان لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف، ولكن بشرط أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة، وذلك؛ لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده، فتنافيا.

لم إنما شرطنا لعدم الضمان أن لا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة؛ ليخرج ما لو تلف بمروره بالطريق العام شيء، فيضمن؛ لأن مروره ذلك وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة.

٩١- المادة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد. ^(١)

٩٢- المادة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد. ^(٢)

٩٣- المادة: جنابة العجماء جبار. ^(٣)

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها. وشرحها: أن المباشر للفعل ضامن لما تلف بفعله إذا كان متعدياً فيه، وبكفي لكونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له فيه سواء كان نفس الفعل سائغاً، أو غير سائغ وإن لم يتعمد الإتيان؛ لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإتيان ولا يرفع عنه ضمان المتلف بعد أن كان متعدياً، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتيان، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم، وهو الضمان. مثال ما يكون نفس فعله سائغاً: ما لو أراد رمي الصيد أو الكافر فأصاب رمية مسلماً فهو يضمن في الصورتين.

ومثال ما لم يكن نفس فعله سائغاً: ما لو أراد ضرب معصوم أو رمية فأصاب آخر.

وإنما قيدنا ضمان المباشر بما إذا كان متعدياً؛ ليخرج ما لو قتل الإنسان من جاء؛ ليقتله أو لياخذ ماله، وكان لا يمكن دفعه إلا بالقتل؛ فإنه لا يضمن مع أنه مباشر للفعل، وذلك؛ لكونه غير متعد وله فيه مسوغ.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها: أن المتسبب للضرر، وهو فاعل ما يفضي ويوصل إليه لا يضمن ما أفضى إليه عمله من الضرر؛ لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتيان إلا إذا كان متعدياً كما في المادة - ٩٢٤ - من المجلة، وبكفي في كونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له، كما تقدم في القاعدة السابقة.

يعني بالتعمد: أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه، ولا يشترط أن يقصد أيضاً ما يترتب على ذلك الأثر. مثلاً: لو رمى بالبندقية فخافت الدابة فندت وأتلفت شيئاً فإنه يشترط لصيرورته ضامناً أن يكون قصد الإخافة فقط كما في المادة - ٩٢٣ - من المجلة، ولا يشترط لصيرورته ضامناً أكثر من ذلك بأن يكون قصد الإخافة؛ لأجل الإتيان، كما أنه يكفي لتضمينه بسوقها أن يكون قصد بالسوق أثره المترتب عليه وهو سيرها، ولا يشترط أن يكون قصد سيرها لتلف.

^(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. =

٩٤- المادة: الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. ^(١)

٩٥- المادة: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه. ^(٢)

=واصلها: ما روي عن أبي هريرة: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "العجماء جرحها جبار" رواه البخاري ومسلم، وغيرهما.

وشرحها: أن جنابة العجماء أي ما تفعله البهيمة من الإضرار بالنفس أو بالمال "جبار" أي هدر وباطل لا حكم له، إذا لم يكن منبعثاً عن فعل فاعل مختار، كسائق أو قائد أو راكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة، أما إذا كان منبعثاً عن فعل فاعل مختار فقد جاء تفصيل أحكامه في الفصل الرابع من الباب الثاني من كتاب الغصب، من المجلة المادة - ٩٢٩ - وما بعدها.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. وشرحها: أن الأمر بالتصرف في ملك الغير أي غير الأمر باطل أي لا حكم له إذا كان المأمور عاقلاً بالغاً ولم يكن الأمر مجبراً للمأمور ولم يصح أمر الأمر في زعم المأمور، وتكون العهدة فيه حينئذ على المأمور المتصرف؛ لأنه العلة المؤثرة والأمر سبب. والأصل الإضافة إلى العلة المؤثرة لا إلى الأسباب المفضية الموصلة كما تقدم جميعه مبينا في الكلام على القاعدة - ٨٨ -، ولأن أمر الأمر إذا كان كذلك لا يجاوز أن يكون مشورة، وهي غير ملزمة للمأمور، ولا تصلح مستنداً له لتبرير عمله.

ومثالها: ما إذا أودع رجل ماله عند آخر، وقال له: إن مت فادفعه إلى فلان وهو غير وارث، فدفعه إليه ضمن للوارث؛ لأن المودع أمر بالتصرف بملك غيره وهو الوارث؛ فإن ملك المودع انتهى بموته، ودخل في ملك الوارث، ولا يلزم لأجل بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائماً حين الأمر بل يكفي أن يكون قائماً حين التصرف.

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. وشرحها: أنه إذا تصرف إنسان في ملك الغير باستهلاك الكل أو البعض فهذا الفعل يعتبر تعدياً؛ لأنه تصرف فعلي في ملك الغير بدون إذنه ويكون المتصرف في حكم الغاصب فهو ضامن للضرر.

وإذا تصرف تصرفاً قولياً بطريق التعاقد كبيع أو هبة أو إجارة، فإن أعقبه المتصرف بالتسليم انقلب التصرف فعلياً وحكمه حكمه، وإن لم يعقبه بالتسليم كان فضولياً، وعقد الفضولي يتوقف على إجازة المالك إن أجازته صح وإلا بطل. =

٩٦-المادة: لا يجوز لأحد أن يأخذ مال الغير بلا سبب شرعي. ^(١)

٩٧-المادة: تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات. ^(٢)

=ويقوم مقام إذن المالك إذن من له حق الإذن من نائب أو وكيل أو ولي أو وصي أو حاكم.

وإذن المالك أعم من أن يكون قبل التصرف كإذنه للوكيل أو بعد التصرف كإذنه للفضولي.

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها: أنه لا يجوز لأحد أخذ مال الغير والاستيلاء عليه سواء كان الآخذ إماماً أو أفراداً، سواء كان

والد مالك أو ولده أو غيرهما من الأقرباء أو الأجانب بغير سبب شرعي يجيز ذلك ويبينه، أو إذن

صاحبه، وإن أخذه كان الآخذ غاصباً آثماً وضامناً لما أخذه؛ لأن حقوق العباد محترمة، وأما إذا كان

الآخذ بحق وسبب شرعي فيجوز الأخذ ولو بدون رضا صاحب المال.

ثم إذا كان السبب شرعياً في الظاهر ولكن لم يكن في الواقع ونفس الأمر حقيقياً، كالصلح عن دعوى

كاذبة على بدل، فإن بدل ذلك الصلح يقضى له به، ولكن لا يحل له، ويجب عليه ديانة رده إن أخذه

وإن كان السبب في الظاهر شرعياً وقضى به القاضي؛ لأنه رشوة، والحالة هذه، أخذه لقاء كف ظلمه

وتعديه بهذه الدعوى الكاذبة التي لا تسوغ له أخذ البدل فيما بينه وبين ربه سبحانه. فقد روى البخاري

ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ومالك وأحمد في مسنده عن النبي -صلى الله عليه

وسلم- أنه قال: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، فلعن بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض

فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق [أخيه] فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها".

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها: أن تبدل سبب الملك وعلة قائم مقام تبدل الذات وعامل عمله.

والأصل: في ذلك ما ورد صحيحاً في لحم أهدته بريرة للنبي -صلى الله عليه وسلم- ف قيل له: إنه تصدق

به عليها، فقال: "هو عليها صدقة ولنا هدية" فأقام -صلى الله عليه وسلم- تبدل سبب الملك، من

التصدق إلى الإهداء، فيما هو محظور عليه، وهو الصدقة، مقام تبدل العين.

ومثالها: ما باع عقاراً لغيره، وكان له شفيع، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري، ثم تقابل البائع مع المشتري

البيع، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة حيث كان عوده إليه بسبب جديد وهو الإقالة؛ لأنها بيع

جديد في حق ثالث، والشفيع هنا ثالثهما. (الدر المختار، من الشفعة من باب ما ثبت في).

٩٨- المادة: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه. ^(١)

٩٩- المادة: من سعى في نقض ما تم من جهته فسميه مردود عليه. ^(٢) (المجلة الشرعية في الأحكام العدلية).

^(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها. وشرحها: "من استعجل الشيء" الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول عليه "قبل أوانه" أي قبل وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان "عوقب بحرمانه"؛ لأنه افتات وتجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحظور.

ومثالها: ما لو طلق امرأته في مرض موته ثم مات وهي في العدة؛ فإنها تراث منه ردا لعمله؛ فإن السبب العام الذي يمنع أحد الزوجين لا على التعيين من إرثه من الآخر هو تقدم موته، وهذا يحتمل وقوعه عليه أو عليها، فلما أراد الزوج الاتصال عن هذا السبب الموضوع بوجه عام والخروج من دائرة احتمال وقوعه عليه دونها وعمل على حصر عدم الإرث في جانبها بهذا السبب الخاص المحظور استعماله لمثل هذا المقصد السعي عوقب برد عمله هذا عليه وحرمانه لثمرته بتوريثها منه.

(تنبيه): المستعجل على الشيء قبل أوانه إنما يعاقب بحرمانه ورد عمله عليه بقدر الإمكان، فإن أمكن رد كل العمل، كما في المثال المتقدم، فيها وإلا فبقدر ما يمكن، فلو وقعت الفرقة بين الزوجين من قبل المرأة بحرمة المصاهرة، كإرضاعها ضررتها الصغيرة مثلاً؛ فإنه لا يمكن رد عملها عليها بإرجاعها إلى زوجها والحالة هذه، ولكن ينظر فإن جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر، وإن جاءت بعد الدخول تقرر المهر كله على الزوج، ولكن تسقط نفقة العدة عنه، ولا يمكن رد عملها عليها بأكثر من هذا؛ لأن سقوط المهر حينئذ يجعل الدخول السابق بلا مهر ولا حد، وهو لا يكون؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة حد أو مهر. (شرح القواعد الفقهية).

^(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وترتيب اللآلئ في سلك الأمالي، وغيرها. =

= وشرحها: من سعى في نقض ما تم انبرامه من جهته وكان لا يتعلق به حق صغير أو حق وقف فسعيه مردود عليه؛ لأنه والحالة هذه يكون متناقضا في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه، والدعوى المتناقضة لا تسمع.

ومثالها: ما إذا أقر ثم ادعى الخطأ في الإقرار؛ فإنه لا يسمع منه، وكذا إذا ضمن رجل الدرك لمشتري الدار، ثم ادعى شفعة فيها أو ملكا لها؛ فإنه لا يسمع منه؛ لأن ضمان الدرك للمشتري يتضمن بلا شك تقرير سلامة المبيع له، ودعواه الشفعة أو الملك فيها تنقضه فلا تسمع.

ويستثنى منها مسائل:

منها: إذا اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن؛ فإنه تقبل.

ومنها: إذا وهب جارية واستولدها الموهوب له، ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أو استولدها، وبرهن تقبل ويستردها والعقر، كذا في الأشباه لابن نجيم بحوالاة الخلاصة والبرازية.

الباب الثاني في الدعوى وما يتعلق بها

الفصل الأول

١- المادة: الدعوى قول مقبول عند القاضي أو المحكم يقصد به إما طلب حق معلوم قبل غيره أو دفع الغير عن حق نفسه فشمّل دعوى الحق ودعوى دفع التعرض كليهما دون دعوى قطع النزاع.^(١)

٢- المادة: صورة دعوى دفع التعرض أن يدعي رجل عند القاضي على آخر أنه يتعرض له في داره المملوكة له أو الموضوعة يده عليها فهذه الدعوى يسمعها القاضي منه وينهى المتعرض عن تعرضه؛ حيث لا حجة له، فإن وجد حجة بعد ذلك جاز له أن يتعرض بها، وهذه الدعوى في قبولها خلاف والفتوى على قبولها.^(٢)

٣- المادة: دعوى قطع النزاع غير مسموعة بالاتفاق، وصورتها أن يأتي شخص إلى القاضي ويقول له: إن فلاناً يدعي عليّ حقاً في داري، ويطلب منه أن يحضره، فإن كان له حق فيها أثبتته أمامه وإلا يشهد على نفسه بالإبراء، فالقاضي لا يسمع هذه الدعوى؛ لأن فيها إجباراً لصاحب الحق على أن يدعي بحقه وصاحب الحق لا يجبر على طلبه.

^(١) فإن دعوى قطع النزاع غير مسموعة كما في الدر المختار من أول كتاب الدعوى، والفرق بين دعوى دفع التعرض ودعوى قطع النزاع كما في ردالمحتار من أول كتاب الدعوى أن في الأول إنما يدعي عليه أنه يتعرض له في كذا بغير حق، ويطلبه في دفع التعرض فدعواه مسموعة، وفي الثاني: إنما يدعي أنه إن كان له شيء يدعيه وإلا يشهد على نفسه بالإبراء، ودعواه غير مسموعة؛ لأن فيه جبر المدعي على الدعوى.

^(٢) كما في الدر المختار من أول كتاب الدعوى نقلاً عن البزاية.

أنواع الدعوى

٤- المادة: الدعوى الصحيحة هي المستوفية شروط صحة الدعوى الآتي بيانها، وحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها، وسماع بينة المدعى إذا أنكرها المدعى عليه، ووجوب اليمين على المدعى عليه إذا عجز المدعى عن إثباتها وطلب تحليفه، ووجوب الحكم على المدعى عليه إذا نكل عن اليمين.

٥- المادة: والدعوى الفاسدة هي التي تكون بخلاف الدعوى الصحيحة تعريفاً وأحكاماً.

شروط صحة الدعوى

كثيرة نذكر منها ما يأتي:

٦- المادة: الشرط الأول: يشترط لصحة الدعوى أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه عاقلًا فلا يصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل، فإذا أفاق المجنون أو عقل الصبي كان كل منهما أهلاً لأن يكون مدعياً أو مدعى عليه بشرط إذن الولي في الصبي.^(١)

٧- المادة: الشرط الثاني: يشترط أن يكون المدعى به معلوماً قَلَوَ كان مجهولاً لم تصح الدعوى؛^(٢) لعدم الفائدة؛ لأن المقصود من الدعوى القضاء بما ثبت للمدعى على المدعى عليه، والقضاء لا يصح بالمجهول.

(١) كما في مجلة الأحكام المادة - ١٦١٦) وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة؛ لأنهما مبيان على الدعوى الصحيحة.

(٢) كما في مجلة الأحكام المادة - ١٦١٩)، ومعلومية المدعى به ستأتي في المواد الآتية، جملتها أنها تكون بشيئين: بالإشارة، وبيان الوصف، والتعريف بالإشارة يكون صحيحاً في تعريف كل نوع من المدعى به الموجود الحاضر سواء كان المدعى به عيناً منقولاً، أو كان عقاراً، والتعريف بالوصف يكون في المدعى به الغائب وغير الموجود، وتختلف صور التعريف باختلاف المدعى به، فإن كان المدعى به عقاراً يخلص تعريفه ببيان بلده وقريته، أو محله وزقاقه وحدوده الأربعة، أو الثلاثة وأسماء أصحاب حدوده إن كان =

عندها اصحاب مع أسماء آبائهم واجدادهم لكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف المشهور، ولا حاجة إلى ذكر اسم أبيه وجده حسب ما جاء في المادة (١٦٢٣) من المجلة، وإذا كان غير عقار فيعرف ببيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره، وإذا كان المدعى به ديناً يلزم المدعى بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره، مثلاً يلزم أن يبين جنسه بقوله: ذهباً أو فضة، ونوعه بقوله: سكة عثمانية أو سكة إنكليزية، ووصفه بقوله: سكة خالصة أو مغشوشة مع بيان مقداره، ولكن إذا ادعى بقوله: كذا قرشاً على الإطلاق تصح دعواه وتصرف على القروش المعروفة في عرف البلدة، على ما في المادة (١٦٢٦) من المجلة، والتفصيل في شرحي المجلة لعلي حيدر والآتاسي.

بيان المستثنيات التي تصح الدعوى فيها مع جهالة المدعى به

٨- المادة: دعوى المفسوب الهالك أو الذي لا يدري قيامه أو هلاكه؛ فإنها تصح

وإن لم يذكر المدعي قيمته، والقول في قدر القيمة للغاصب.

٩- المادة: دعوى الرهن بدون ذكر قيمة المرهون صحيحة، والقول في قيمته للمرتهن.

١٠- المادة: دعوى الوصية بحق مجهول مقداره صحيحة، والقول في مقداره لورثة

الموصي.

١١- المادة: دعوى الإقرار بحق مجهول صحيحة، فلو ادعى على آخر أنه أقر له

بحق ولم يوضح ذلك الحق صحت دعواه وكلف المقر بالبيان.

١٢- المادة: دعوى الإبراء بالمجهول صحيحة، كل هذه المواد المذكورة مأخوذة من

كتاب الأصول القضائية من المرافعات الشرعية في الفقه الحنفي.^(١)

١٣- المادة: لو قال: لي عليه شيء من فضلة حساب لا أعلم قدره، وقامت له بينة

أنهما تحاسبا وبقيت له بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه في هذه الصورة مسموعة.

١٤- المادة: ولو ادعى حقاً في هذه الدار أو الأرض وقامت له بينة أن له فيها حقاً لا

يعلمون قدره فهي دعوى مسموعة، (معين الأحكام)^(٢) وإنما صحت الدعوى في هذه المسائل

السبع بالمجهول؛ لكي لا يتضرر المدعي ويتوصل إلى الحق؛ إذ ربما لا يعلم قدر قيمته أو

حقه في هذه الصور.

بقية شرائط صحة الدعوى:

١٥- المادة: الشرط الثالث: يشترط لصحة الدعوى أن تكون بمجلس القضاء أو

المحكم فلو حصلت في غيرهما فلا يترتب عليها أحكامها السابقة.

(١) كذا ذكرت هذه المستثنيات الخمس في ردالمحتار في أوائل كتاب الدعوى.

(٢) معين الأحكام من القسم الثالث في ذكر الدعاوي وأقسامها الفصل الأول في الدعوى الصحيحة.

١٦- المادة: الشرط الرابع: يشترط لصحة الدعوى عند الإمام أن تكون بلسان المدعي بعينه إذا لم يكن له عذر يمنعه من الحضور أمام القاضي بأن يكون غائباً أو مريضاً أو امرأة مخدرة، فلو وكل بدون تلك الأعذار ولم يرض المدعي عليه لم تصح دعواه، وعند الصاحبين لا يشترط هذا الشرط^(١) ورأي الصاحبين هو المعمول^(٢).

١٧- المادة: الشرط الخامس: يشترط أن يكون المدعي به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً فلو كان مما يستحيل ثبوته عقلاً كدعوى شخص صغير السن على آخر كبير لا يولد مثله لمثله أنه ابنه أو دعوى شخص على آخر معروف النسب من أبيه أنه ابنه لا تصح.

١٨- المادة: الشرط السادس: يشترط أن لا يكون المدعي به مستحيلاً عادة كدعوى رجل معروف بالفقر على آخر أن له عنده أموالاً عظيمة لنفسه أقرضه إياها أو أودعه دفعة واحدة لم تصح الدعوى، بهذا جزم ابن القزس في الفواكه البدرية^(٣).

١٩- المادة: الشرط السابع: يشترط أن تكون الدعوى ملزمة للخصم على شيء على فرض ثبوتها، فلو لم يترتب عليها إلزام الخصم بشيء على فرض ثبوتها لم تصح، مثال ذلك أن يدعي شخص على آخر حاضر: أنه وكله فالقاضي لا يسمع هذه الدعوى؛ لأن المدعي عليه يقدر أن يعزله في الحال فعلى تقدير ثبوتها لا يلزم بشيء. (من كتاب الأصول القضائية لعلی قراة المصري).

(١) في ردالمحتار (ج ٤ ص ٤٤٦) قال في الهداية: لا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم، يعني هل ترد الوكالة برد الخصم عند أبي حنيفة نعم وعندهما لا ويجبر، جوهرة، آه.

(٢) في الدر المختار: ويقول الصاحبين قالت الثلاثة، وعليه فتوى أبي الليث وغيره، واختاره العتابي، وصححه في النهاية، والمختار للفتوى تفويضه للحاكم درر، آه.

وفي ردالمحتار: وفي الزيلعي: أي أن القاضي إذا علم من الخصم التعنت في الإباء عن قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك، وإن علم من الموكل قصد الإضرار لخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضا اه. (ج ٤ ص ٤٤٦).

(٣) الفواكه البدرية ص ١٠٥.

٢٠- المادة: لو ادعى رجل على رجل هبة، والهبة لا تلزم بالقول وللوهاب الرجوع ما لم تقبض فلا يصح ولا يلزم المدعى عليه الجواب عن ذلك؛ لأن المدعى عليه لو قال: رجعت فلا يلزم مطالبته بشيء، وكذا الوصايا التي له الرجوع عنها. (معين الأحكام) ^(١)

٢١- المادة: الشرط الثامن: يشترط لصحة الدعوى عدم التناقض فيها ^(٢) مثاله رجل يقر أمام القاضي بعين في يده لغيره، فيأمره القاضي بتسليمها له، فيدعي بعد ذلك أنه اشترى هذه العين من المقر له بتاريخ سابق على وقت الإقرار، فبذلك يكون متناقضاً، إذ هو بإقراره الأول معترف بملكية غيره في تاريخ إقراره، وبدعواه الثانية يكون مدعياً أنه المالك في ذلك التاريخ، وما هذا إلا تناقض، ووجه عدم سماع هذه الدعوى استحالة ثبوت الشيء وضده، وللتناقض أمثلة كثيرة، لكن الفقهاء استثنوا مسائل تسمع فيها الدعوى مع التناقض لخفاء أسبابها. (من المحل المذبور).

^(١) معين الأحكام من القسم الثالث في ذكر الدعاوي وأقسامها ذكر شروط الدعوى.

^(٢) قال أبو الليث: التناقض يمنع الدعوى لغيره كما يمنع لنفسه، من أقر بعين لغيره فكما لا يملك أن يدعيه لنفسه لا يملك أن يدعيه لغيره بوكالة أو بوصاية، (معين الأحكام الباب الثلاثون في القضاء بالتناقض في الدعوى ج ٢ ص ١٩٠) وفي المادة - ١٦٥٢ - من المجلة: يتحقق التناقض في كلام الشخصين الذين هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والمورث، فإذا أقام الوكيل دعوى منافية للدعوى التي سبقت من الموكل في خصوص واحد لا تصح، آه.

وكذا يتحقق التناقض المانع لصحة الدعوى بين فعل وكلام أو بين سكوت وكلام كما لو استشرى أحد مالا ثم ادعى بعد ذلك المال كان تناقضاً، وقد حصل هذا التناقض بين الاست شراء الذي هو فعل وبين الدعوى التي هي كلام، وكما لو باع أحد مالا في حضور والده على كونه ملكاً له، فلو ادعى بعد ذلك والده الذي سكت حين البيع كان تناقضاً وهذا التناقض حاصل بين السكوت والكلام، كذا في درر الأحكام في شرح المادة - ١٦١٥.

المسائل التي تصح فيها الدعوى مع التناقض

- ٢٢- المادة: ادعى على مجهول النسب أنه ابني من الزنا ثم ادعى أنه ابنه من النكاح تصح؛ لأن النسب يبني على العلوق وهو مما يخفى.
- ٢٣- المادة: أقر مجهول النسب أنه رقيق لفلان ثم ادعى عليه أنه اعتقه قبل وقت إقراره بالعتق صحت؛ لأن العتق مما ينفرد به السيد فيخفى على العبد.
- ٢٤- المادة: أقرت المرأة أنها في نكاح زوجها ثم ادعت بعد أن طلقها قبل وقت إقرارها الأول سمعت منها الدعوى وإن كانت متناقضة فيها؛ لأن الزوج ينفرد بالطلاق فهو مما يخفى عليها، وهكذا الحكم في جميع المسائل^(١) التي تخفى أسبابها إذا وجد فيها تناقض لا يمنع من سماع الدعوى ما دام باقياً فلو ارتفع لم يمنع من صحة الدعوى لعدم وجوده.

بيان الأمور التي يرتفع التناقض بها

- ٢٥- المادة: يرتفع التناقض بإمكان التوفيق أو بالتوفيق بالفعل حسب الخلاف في ذلك.^(٢)

(١) فيه إشارة إلى أن ما يعفى فيه التناقض ليس منحصراً في هذه الثلاثة، بل أن كل ما كان مبنيًا على الخفاء يعفى فيه التناقض، كذا في شرح المجلة للأتاسي ج ٥ ص ١٤٥.

(٢) طاهر المجلة اختيار التوفيق بالفعل حيث قال في المادة -١٦٥٧-: لو أمكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ووفقهما المدعي، آه. وفي درر الحكام: ولا يرتفع التناقض بإمكان التوفيق فقط أي لو أمكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ولم يوفقهما المدعي بالفعل فلا يرتفع التناقض استحساناً وعلى القول الأصح، ويؤخذ من ظاهر عبارة المجلة أنها اختارت هذا القول. وفي الكلام المتناقض على هذه الصورة ثلاثة احتمالات:

الأول: أن يكون توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين غير ممكن.

الثاني: أن يكون توفيقه ممكناً ولم يجر التوفيق.

الثالث: أن يكون توفيقه ممكناً وبوفق.

٢٦- المادة: يرتفع التناقض أيضاً بتصديق الخصم كمن ادعى الفأ بسبب القرض ثم ادعاه بسبب الكفالة فصدقه المدعى عليه في دعواه الآخر^(١) جاز ذلك وارتفع التناقض والزم المدعى عليه بما أقر به.

٢٧- المادة: يرتفع التناقض بقول المتناقض: "تركت الكلام الأول" بشرط إمكان حمل أحد الكلامين على الآخر، كما إذا ادعاه بسبب فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيت قبل هذا بدون سبب، فقال المدعى: الآن ادعيه بهذا السبب، وتركت الكلام الأول، يقبل منه ذلك وارتفع التناقض؛ لأنه يصح حمل الكلام الأول على الأخير.

= ففي الاحتمال الأول تكون الدعوى غير صحيحة، وفي الاحتمال الثالث تكون صحيحة، أما في الاحتمال الثاني ففيه أقوال أربعة:

- ١ - يلزم توفيقه بالفعل ولا يكفي فيه إمكان التوفيق.
 - ٢ - يكفي إمكان التوفيق فيه، سواء كان التناقض من المدعى أو المدعى عليه وكان وجه التوفيق متحداً أو غير متحد.
 - ٣ - إذا كان التناقض من المدعى فيلزم فيه التوفيق بالفعل ولا يكفي إمكان التوفيق، أما إذا كان التناقض من المدعى عليه فيكفي إمكان التوفيق؛ لأن الظاهر عند الإمكان وجود التوفيق والظاهر حجة في الدفع، وليس حجة في الاستحقاق، ولذلك فالظاهر يكفي في الدفع ولا يكفي في الاستحقاق.
 - ٤ - إذا كان وجه التوفيق متحداً فيكفي فيه إمكان التوفيق، أما إذا كان وجه التوفيق متعددًا فلا يكفي فيه إمكان التوفيق بل يشترط التوفيق بالفعل، انتهى كلام درر الأحكام مختصراً.
- وفي ردالمحتار قلت: وذكر في البحر هناك أن الاكتفاء بإمكان التوفيق هو القياس، والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط وذكر محشيه الرملي عن منية المفتي أن جواب الاستحسان هو الأصح اه وفي جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف والأصوب عندي أن التناقض إذا كان ظاهر السلب والإيجاب والتوفيق خفياً لا يكفي إمكان التوفيق ولا ينبغي أن يكفي الإمكان، آه. (ج ٤ ص ٢١٩)
- ^(١) في شرح المجلة للأتاسي: لا فرق بين أن يكون التصديق حصل بحضرة القاضي أو بغير حضرته ثم ثبت لديه بالبيئة، آه. (ج ٥ ص ١٣٩ - في شرح المادة - ١٦٥٣)

٢٨- المادة: يرتفع التناقض بتكذيب الحاكم له كما إذا استحق المبيع من المشتري برهان، وحكم القاضي به للمستحق، وبعد ذلك أراد المشتري أن يرجع بالثمن الذي دفعه على البائع جاز له ذلك، ولا يقال: إنه مناقض بإقراره لملكية البائع وقت الشراء، وإنكاره لهذه الملكية بدعوى استحقاقه الرجوع على البائع بالثمن؛ لأنه ارتفع بتكذيب الحاكم؛ حيث حكم بملكية المستحق للمبيع^(١) وهكذا في كل مسألة وكل تناقض سواء كان من مدع أو شاهد أو مدعى عليه، وسواء كان ذلك التناقض من متكلم واحد أو من متكلمين، كذا في الأصول القضائية.

٢٩- المادة: الشرط التاسع: يشترط حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على الخصم الحاضر إلا إذا التمس بذلك كتاباً حكماً للقضاء فيجيبه القاضي ويكتب إلى القاضي الذي بطرفه الخصم بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه، هكذا في البدائع^(٢).

٣٠- المادة: حضور النائب يكفي كالوكيل عن الموكل والوصي عن القاصر والوارث عن المورث فالأول بإقامة الخصم والأخيران بإقامة الشرع، هكذا في الأصول القضائية^(٣).

٣١- المادة: لا بد للقاضي أن يكتب في سجله أنه حكم على الميت بحضرة وصيه وعلى المؤكل بحضرة وكيله، ولا يكتب أنه حكم على الوصي ولا على الوكيل.

٣٢- المادة: الشرط العاشر: يشترط أن تكون عبارات الدعوى مشتملة على ما يفيد تيقن المدعي وجزمه بثبوت الحق لدى المدعى عليه، فلو ذكر ما يفيد الشك أو الظن لم تصح دعواه، ولا يشترط كلمة أدعي بخصوصها كما توهم، كذا في الأصول القضائية.

(١) لأن بتكذيب الحاكم كان كلامه الأول بمنزلة العدم.

(٢) بدائع الصنائع كتاب الدعوى. (ج ٦ ص ٢٢٢)

(٣) كذا يكفي أحد الورثة عن البقية في مال الميت وما عليه، وأحد الموقوف عليهم عن الباقي، هكذا في الفوائد الزينية ص ٧٧.

٣٣- المادة: إن كان المدعي عاجزاً عن الدعوى بظهر القلب فيكتب دعواه في صحيفة ويدعي منها فتسمع، ولو كان لسانه غير لسان القاضي يأخذ مترجماً، كذا في فتاوى قاضيخان. (١)

٣٤- المادة: الشرط الحادي عشر: يشترط في دعوى العقار أن يكون المدعي عليه واضع يده عليه إذا كان الدعوى للملك المطلق، واليد في العقار لا تثبت بتصادق الخصمين بل لابد من إقامة البيئة أو علم القاضي بذلك (٢) بخلاف ما لو ادعى العقار بسبب الشراء ولحوه حيث لم تحتج إلى إثبات اليد بنحو ما ذكر بل تصادق الخصمين يكفي كما في المنقول. (الأصول القضائية).

٣٥- المادة: الشرط الثاني عشر: يشترط أن يذكر المدعي في دعوى المنقول القائم أنه في يد المدعي عليه بغير حق؛ لاحتمال أن يكون العين مرهونة أو مودعة في يده (٣) وهل

(١) فتاوى قاضيخان على هامش الهندية (ج ٢ ص ٣٦٧) باب الدعوى، وفيه أيضاً: العدد في المترجم ليس بشرط عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - آه.

(٢) نفياً لتهمة المواضعة؛ لأن المالك قد يبعد عن العقار عادة، فامكن أن يتواضع اثنان، ويقر أحدهما باليد، ويبرهن الآخر عليه بالملك، ويسامح في الشهود، ثم يدفع المالك معللاً بحكم الحاكم، بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه مشاهدة فهذه التهمة منتف فيها، وذكر فيه ابن عابدين نظم شعر:

واليد لا تثبت في العقار ... مع التصادق فلا تمار

بل يلزم البرهان إن لم يدع ... عليه غصبا أو شراء مدعي.

(٣) هذا هو الشرط في الدعوى دون الشهادة؛ لأن الشهود إذا شهدوا بمنقول أنه ملك المدعي تقبل وإن لم يشهدوا أنه في يد المدعي عليه بغير حق؛ لأنهم إنما شهدوا بالملك، وملك الإنسان لا يكون في يد غيره إلا بعارض والبيئة تكون على مدعي العارض، ولا تكون على صاحب الأصل، وقال بعضهم: ما لم يشهدوا أنه في يد المدعي عليه بغير حق لا تقطع يد المدعي عليه، والأول أصح، كذا في البحر (ج ٧ ص ٢٠٠).

يجب أن يسأل القاضي عنه فيه خلاف، والأرجح أنه لا يجب وإلا تضرر به كثير من المدعين. (من المحل المذبور).

٣٦- المادة: الشرط الثالث عشر: ويشترط لصحة الدعوى أن يذكر أنه يطالب المدعى عليه حقه الذي يدعيه، وقيل: تصح الدعوى بدونه، وهو الصحيح^(١) كذا في الأصول القضائية.

^(١) في رد المحتار : يطالبه به سواء كان عينا أو دينا منقولا أو عقارا، فلو قال: لي عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح ما لم يقل للقاضي: مره حتى يعطيه، وقيل: يصح وهو الصحيح فهستاني صالحاني، آه وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيد من قوله: مره ليعطيني حقي، أو أريد أخذه منه أو أريد أن يؤديه إلي وما أشبه ذلك.

الفصل الثاني في بيان أنواع المدعى به وما يجب في كل منها

المدعى به إما أن يكون عيناً أو ديناً أو عقاراً أو عقداً أو فعلاً، ولكل من هذه الأنواع شروط من جهة المعلوماتية لا تصح الدعوى بدونها، نذكرها لكل نوع على حدة، والعين ما عدا الدين من العقارات والمنقولات. (من المحل المذبور).

دعوى العقار

٣٧- المادة: لا بد في دعوى العقار من ذكر حدوده، وهي الأراضي التي ينتهي إليها العقار المدعى به من الجهات الأربعة، ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود، ولا يلزم ذكر طول العقار ولا عرضه، وتكفي ثلاثة حدود بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه -رحمهم الله تعالى- إذا سكت عن الرابع، أما إذا ذكر الرابع وأخطأ لا تصح الدعوى. (من المحل المذبور).

دعوى العين المنقول

المنقول إما يكون قائماً أو هالِكاً، والقائم لا يخلو حاله من أمور ثلاثة:
(ألف) إما أن يمكن إحضاره مجلس القضاء من غير حمل ومؤنة.
(ب) أو يمكن إحضاره مجلس القضاء ولكن بحمل ومؤنة.
(ج) أو لا يمكن إحضاره مجلس القضاء أصلاً.

دعوى العين المنقول القائم الذي لا يحتاج في إحضاره إلى مؤنة

٣٨- المادة: لا بد من إحضار المنقول المذكور ليشير إليه عند الدعوى والشهادة واليمين وإلا فلا تصح الدعوى، وبعد تكليف القاضي المدعى عليه بإحضاره لا يخلو إما أن امثل أمر القاضي وأحضره وأشير إليه في الأمور الثلاثة المذكورة، أو إمتنع، فإن امتنع عن الإحضار بحجة أنه ليس في يده كان للمدعى أن يستحلف بأنه ليس في يده أو يقيم البينة أنه في يده، فإن أقام البينة أنه في يده أو استحلف فنكل أجبره القاضي في الحالتين على إحضاره، فإن لم يحضر حبسه حتى إذا علم أنه لو كانت في يده لأحضره فخلى سبيله،

وسمع الدعوى من المدعى، وحكم على المدعى عليه بعد ثبوت الدعوى بقيمته. (من المحل المذبور).

دعوى المنقول الذي له حمل ومؤنة يمكن إحضاره مجلس القضاء

اختلفوا في تفسير ما له حمل ومؤنة قيل: ما لا يمكن حمله بيد واحدة. وقيل: ما لا يحمل إلى مجلس القضاء إلا بأجرة لا مجاناً.

٣٩- المادة: لا بد في دعوى ما له حمل ومؤنة كالمكيل والموزون أن لا يجبر المدعى عليه إحضاره، بل ينتقل إليه القاضي أو يبعث أمينه ومعه المدعى وشهوده وشهود آخرون حتى إذا ما أشار المدعى وشهوده إليه حضر شهود القاضي وشهدوا عنده بأن الشهود شهدوا للمدعى بالعين المشار إليها فيحكم القاضي له بذلك.

دعوى القائم الذي لا يمكن نقله إلى مجلس القضاء كقطع غنم أو صبرة بر

٤٠- المادة: وحكم هذا النوع حكم النوع السابق أن المدعى عليه لا يجبر على الإحضار بل ينتقل إليه القاضي أو يبعث أمينه كما مر.

دعوى المنقول الهالك

لا يراد من دعوى العين الهالكة إلا قيمتها كدعوى الدين سواء بسواء إلا أن عند أبي حنيفة لا بد من تعيين العين الهالكة.^(١)

(١) لأن عند الحكم بقيمة الهالك بناء على الحكم بملكية الهالك لبقاء حق المالك عنده في الهالك، ثم ينتقل إلى القيمة، وإذا كان كذلك لا بد من بيان الهالك في الدعوى والشهادة؛ ليعلم الحاكم بما ذا يحكم، فالمدعى لا يكتفي بذكر الجنس مثل الدابة بل يقول: فرس أو حمار ذكر أو أنثى، وأما على رأي الصاحبين فيكفي ذكر القيمة؛ لأن حق المالك عندهما ينقطع بنفس الهلاك، كذا في الأنقروية ج ٢ ص ٦١).

٤١- المادة: لا بد أيضاً من أنها فرس أو حمار ذكر أو أنثى سنّها خمس أو عشر، وعند صاحبين يكفي بيان القيمة فقط. (الأصول القضائية).
ولو ادعى أعياناً هالكة كثيرة مختلفة النوع والجنس والصفة ولم يُوضح قيمة كل على حدة بل ذكر قيمة الكل جملة هل يكفي في ذلك قولان الصحيح أن الإجمال يكفي. (من المحل المذبور).

دعوى المثلوث الغائب الذي لا يدري قيامه من هنالك

٤٢- المادة: إذا ادعى عينا وذكر أنه لا يدري هل هي قائمة أو هالكة، فلو بين الجنس والصفة والقيمة قبل، ولو لم يبين القيمة قبل أيضاً كما في دعوى الرهن والغصب، والقول في بيان القيمة للمدعى عليه. ^(١) (من المحل المذبور).

دعوى الدين

الدين هو الحق الذي يترتب في الذمة ولا يتعين بالتعين، وهذا قد يكون مكيلاً وقد يكون موزوناً وقد يكون معدوداً.

٤٣- المادة: لا بد من بيان قدر الدين وجنسه ونوعه وصفته كان يقول: عشرة مثاقيل من الذهب المضروب المصري جيداً مثلاً وإن تعددت النقود صرف للأروج. (من المحل المذبور).

^(١) صورة الغصب كما في قاضيخان أنه قال المدعي: غصب مني عين كذا ولا أدري أنها هالكة أم قائمة ولا أدري كم كانت قيمتها، ذكر في عامة الروايات أنه تسمع دعواه، وصورة الرهن ادعى رجل أنه رهن عنده ثوباً بكذا، وفيه: لكن ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة جيداً، فإن لم يبين يسمع دعواه ويقبل بينته، ويأمر المدعي عليه بإحضار ذلك العين، فإن أبي حنيفة شهرين، فإن أحضر عينا من ذلك الجنس يقال للمدعي: أهذا الذي ادعيت؟ فإن صدقه أخذه، وإن كذبه كلف المدعي عليه بإحضار عين آخر إلى أن يوافق المدعي في ذلك، فإن عجز المدعي عليه وظهر عجزه يقضي عليه بالقيمة، والقول في مقدار القيمة للمدعي عليه، انتهى، فتاوى قاضيخان على هامش الهندية. (ج ٢ ص ٣٧٨).

٤٤- المادة: لا بد من ذكر بيان سبب وجوب الدين من بيع أو قرض أو سلم أو غير ذلك^(١) وبيان سبب الوجوب في جميع دعاوي المثليات لازم ما عدا الدراهم والدنانير؛ فإنه لا يشترط فيها سبب وجوبها إلا في مسائل: منها دعوى الكفالة^(٢) ودعوى المرأة مالا على ورثة زوجها بعد وفاته ودعوى الدراهم المنقطعة عن الأيدي ففيها يشترط بيان سبب الوجوب. (من المحل المذبور).

دعوى النسب

كل نسب يصح إقرار المدعى عليه به شرعاً فالمدعى خصم له سواء ادعى حقاً له أو لم يدع، وما لا يصح الإقرار به فالمدعى ليس بخصم له إلا إذا ادعى بسببه حقاً من نفقة أو ميراث أو غيرهما.^(٣)

(١) لأن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها؛ فإنه إذا كان الدين بسبب السلم يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء؛ ليقع التحرز عن الخلاف، ولا يجوز به الاستبدال قبل القبض، وإن كان ثمن المبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض، ولا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء، وإن كان من قرض لا يلزم التأجيل فيه، كذا في الأنقروية ج ٢ ص ٦٣).

(٢) في الأنقروية: وفي دعوى المال بسبب الكفالة لا بد من بيان السبب؛ لأن الكفالة بالدية على العاقلة ونفقة المرأة إذا لم يبين المدة المعلومة أو يقول ما عشت أو ما دمت في نكاحي لا يصح، وبمال الكتابة لا يصح، ولو ادعت المرأة مالا على ورثة الزوج لم يصح ما لم تبين السبب؛ لجواز أن يكون دين النفقة وهي تسقط بموته (ج ٢ ص ٦٨) وفي دعوى الدراهم المنقطعة لا بد من بيان السبب؛ لأنها لو كانت ثمن البيع يبطل البيع بالانقطاع فعلى المشتري رد العين إن كانت قائمة ورد المثل أو القيمة إن لم تكن قائمة، وإن كانت بسبب القرض أو النكاح أو الغصب تجب القيمة بحسب التفصيل المذكور في كتب الفقه.

(٣) الأصل في دعوى النسب أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه فلو كان مما يثبت باعترافهما كأبوة وبنوة وولاء وزوجية فالمدعى خصم لو أنكر المدعى عليه، وتقبل بينته سواء ادعى لنفسه حقاً أو لم يدع، ولو =

٤٥- المادة: يصح إقرار الرجل بأربعة: وهم الولد والوالد والزوجة والمولى، ويصح إقرار المرأة بثلاث: وهم الوالد والزوج والمولى، ولا يصح إقرارهما بمن عدا هؤلاء. (من المحل المذبور).

= كان مما لا يثبت باعترافهما كأخوة فهو خصم لو ادعى حقاً مع ذلك وإلا فلا، كذا في الأنقروية ج ٢ ص ٤٩).

الفصل الثالث في أحكام الدعوى

٤٦- المادة: متى صحت الدعوى وجب الجواب على المدعى عليه فحينئذ لا يخلو حاله إما أن يقر أو ينكر أو يسكت أو يقول: لا أقر ولا أنكر، ففي الإقرار انقطع النزاع وأمر القاضي بتسليم ما أقر به، وفي الإنكار سأل القاضي عن المدعى إليه بينة على دعواه أم لا؟ فإن أحضر بينة جامعة الشروط حكم القاضي له على المدعى عليه بالحق، وإن عجز المدعى عن الإثبات قال له القاضي: لك يمينه. فإن طلب تحليفه على نفي دعواه فإن حلف خلى سبيله، وإن نكل حكم عليه بمقتضى نكوله، وإن سكت مع عدم آفة تمنعه من النطق أو قال: لا أقر ولا أنكر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو ينكر^(١) هذا إذا كانت الدعوى صحيحة فلو كانت فاسدة لم يترتب عليها تلك الأحكام. (من المحل المذبور).

من يكون خصماً ومن لا يكون خصماً

لما كان الإحضار ووجوب الجواب وغيرهما إنما يتعلق بمن يكون خصماً دون غيره فلا بد من معرفة الخصم حتى يعرف كل إنسان خصمه، فيطالبه دون من سواه، وهذا الباب وإن كان واسع الرجاء كثير الفروع إلا أن أكثر مسائله ترجع إلى هذه الأصول الآتية. (من المحل المذبور).

الأصل الأول

٤٧- المادة: كل من يصح إقراره بالدعوى يصح إنكاره، فينصب خصماً في إقامة البينة عليه، ومن لا يصح إقراره لا يصح إنكاره فلا ينصب خصماً في إقامة البينة عليه إلا الأب والوصي ومتولي الوقف؛ فهؤلاء لا يصح إقرارهم بمال الصغير والوقف لكن إنكارهم

(١) في الدر المختار: وإذا قال المدعى عليه لا أقر ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس ليقر أو ينكر، درر، وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثاني خلاصة. قال في البحر: وبه أفتيت؛ لما أن الفتوى على قول الثاني فيما يتعلق بالقضاء آه. (الدر المختار على هامش ردالمحتار ج ٢ ص ٤٧١)

يصح منهم فينصبون خصوماً في إقامة البينة عليهم غير أنهم لا يُحلفون عند العجز عنها إلا إذا كانت الدعوى بعقد عليهم فيستحلفون في ذلك، قَلَو ادعى رجل على آخر بألف قرض، أو غصب ثوب قيمته خمسون، أو ملك دار تحت يد المدعى عليه صحت الدعوى؛ لأن المدعى عليه خصم في جميع هذه الصور إذ لو أقر بالدعوى صح إقراره وألزم به. (من المحل المذبور).

الأصل الثاني

٤٨- المادة: أن الخصم في دعوى العين هو صاحب اليد^(١) إذا لم تتضمن دعوى فعل على المدعى عليه وإلا فالخصم من ادعى عليه الفعل سواء كانت العين في يده أو لم يكن.

٤٩- المادة: كل من المستأجر والمرتهن والمستعير والمودع ليس بخصم ممن يدعى ملكاً مطلقاً أو يدعى إجارة أو رهناً أو شراءً من المالك؛ لأن العين المدعاة وإن كانت في يد هؤلاء لكنهم معترفون بالملكية لصاحبها فلا بد لصحة الخصومة من حضور المالك مع كل من المذكورين.

٥٠- المادة: كل من المشتري والموهوب له خصم لجميع المذكورين؛ لأن كلاً من اليد والملك له.

٥١- المادة: المشتري شراءً جائزاً ولم يقبض ليس بخصم وحده لمن يدعى ملك العين أو منفعتها بل لا بد من حضور البائع أيضاً؛ لأن اليد له.

(١) أي فقط كما في المادة - ١٦٣٥ - من المجلة: مثلاً: إذا غصب أحد فرس الآخر وباعها لشخص آخر وأراد صاحب الفرس استردادها فيدعيها على الشخص الذي هو ذو اليد فقط، ولا يدعيها من الغاصب؛ حيث إنه لو ادعى على الغاصب وحكم عليه فلا يمكن إجراء الحكم عليه؛ حيث لم يكن المال المدعى به تحت يده، وإذا ادعى الفعل فتصح على غير ذي اليد، مثلاً إذا ادعى الضمان بسبب استهلاك الغاصب للمغصوب بيعه لآخر وتسليمه إياه فتصح على الغاصب وإن لم يكن المغصوب في يده.

٥٢- المادة: المشتري شراءً فاسداً لا يكون خصماً لمدعي الملكية إن لم يقبض؛ لأنه لا يد له ولا ملك، والخصم هو البائع وحده، فإن قبض كان المشتري هو الخصم؛ لإجتماع الأمرين اليد والملك له، فالحاصل أن في دعوى ملك العين أو منفعتها الخصم هو صاحب الملك واليد فإن اجتمعا في شخص كان هو الخصم وحده وإن تفرقا في شخصين كان الخصم مجموعهما.

الأصل الثالث

٥٣- المادة: الحاضر ينتصب خصماً عن الغائب بحيث يكون الحكم على أحدهما حكماً على الآخر إذا كان بينهما اتصال في الحق المدعى به، ويكون ذلك في مواضع.

٥٤- المادة: أحد الغرماء خصم عن بقيتهم في ثبوت إعسار المديون، فإذا أثبت المديون إعساره في وجه أحدهم في غيبة بقيتهم ثبت إعساره في حق الكل ولا يحبس لواحد منهم.

٥٥- المادة: أحد نظار الوقف خصم عن بقيتهم، فإذا وقف رجل أرضه على قرابته وجعل النظر للمتعددین فادعى أحد أنه من قرابته وأثبت على أحد الناظرين في غيبة الباقيين قرابته للواقف فيثبت على الكل.

٥٦- المادة: أحد مستحقي الوقف خصم عن الباقيين إذا كان كل من الواقف والوقف واحداً كما إذا كان وقف بين الأخوين فمات أحدهما وبقي الموقوف في يد الحي وأولاد الميت فبرهن الحي على واحد من أولاد أخيه أن الوقف بطن بعد بطن فلا حق لهم في الوقف إلا بعد وفاته وأثبت ذلك كان حكماً على الغائبين.

٥٧- المادة: يقوم أحد أولياء الدم مقام الباقيين في العفو عن القاتل فإذا عفا أحدهم ثبت العفو في حق الكل لأن أحدهم نائب فيه عن جميعهم.

٥٨- المادة: ينوب أحد المسلمين عن بقيتهم في إعطاء الأمان للحربي الداخل بلادنا فكان كامان جميعهم؛ لأنه نائب عنهم.

٥٩- المادة: ينوب أحد من كان أهلاً للخصومة ولو كان ذمياً عن جميعهم في المطالبة

بنقض بناء أقيم في طريق عام نافذ.

٦٠- المادة: ينوب أحد الأولياء المتساوين عن الجميع في تزويج الصغيرة بكفو بمهر المثل

وليس للغائبين أن يعارضوا.

٦١- المادة: الشركة في كل دين أو عين بسبب واحد موجهة لقيام الحاضر مقام الغائب في

الخصومة، هذا عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى-، وأما عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- فالنيابة مختصة في الميراث. ^(١)

٦٢- المادة: مثلاً لرجل دين على رجلين فبرهن على أحدهما والآخر غائب قضى به

عليهما عند صاحبين.

٦٣- المادة: برهن أنه شري بيتاً من رجلين هو بيدهما وأحدهما حاضر والآخر غائب

لا يحكم على الحاضر إلا في حصته إتفاقاً، ولا ينوب خصماً عن الغائب وإن أقر بنصيبه؛ لأنه لما تعدد البائع لم يكن حق أحدهما متصلاً بحق الآخر؛ لتفرق الصفقة فلم يوجد موجب الانتصاب وهو الاتصال.

(١) اعتمدت المجلة على قول أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- حيث جاء في المادة -١٦٤٣- ليس لأحد الشركاء في عين ملكوها بسبب غير الإرث أن يكون في الدعوى خصماً للمدعي في حصة الآخر، مثلاً لو ادعى أحد في حضور أحد الشركاء الدار التي ملكوها بطريق الشراء أنها ملكه وأثبت ما ادعاه وحكم بذلك يكون الحكم مقصوراً على حصة الشريك الحاضر فقط ولا يسري إلى حصص الباقيين، آه، وفي شرح المجلة للأناسي: والفرق بين هذا وبين أحد الشركاء في العين الموروثة أن الدعوى قائمة في الثاني على الميت وكل من الورثة قائم مقامه حقيقة وحكماً فينوب واحد منهم من الباقيين، وفي الأول قائمة على كل واحد من الشركاء فلا يقوم أحدهم مقام الآخر قصداً بغير وكالة أو وصاية أو نحوهما، ثم لا فرق في عدم كون أحدهم خصماً عن الآخر بين أن يكون مدعى عليه أو مدعياً، وكذا لا فرق بين أن يكون المشترك المدعى به عيناً أو ديناً، آه.

٦٤- المادة: إذا كان ما يدعى على الغائب سبياً أو شرطاً لما يدعى على الحاضر فعند ثبوت الحاضر خصماً ينوب خصماً عن الغائب.

٦٥- المادة: كما لو ادعى على شخص ميراثاً أو نفقة لأنه أخوه جاز أن يبرهن على هذه الدعوى، وهي وإن كانت مشتملة على دعوى النسب من أب المدعى عليه وهو غائب إلا أن الحاضر ينوب خصماً عنه؛ لأن ثبوت النسب من الغائب سبب الميراث أو النفقة.

٦٦- المادة: وكما لو ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان الغائب بما ثبت له من الحق فافر بالكفالة وأنكر الحق وأثبت المدعى حقه يحكم بذلك على الحاضر والغائب كليهما، والكفيل في ذلك نائب عن الأصل؛ لأن وجوب الحق على الأصل سبب لوجوبه على الكفيل.

٦٧- المادة: وكما إذا ادعى شفعة في دار أو أرض فقال ذو اليد: إنها لي ما شريتها فبرهن المدعى أن ذا اليد شراها من فلان الغائب بكذا وهو يملكها يحكم على الحاضر والغائب، وينصب الحاضر خصماً عن الغائب.

٦٨- المادة: ادعى عبد على سيده أنه أعتقه أو امرأة على زوجها أنه طلقها لأن السيد علق إعتاق عبده على إعتاق فلان الغائب عبده أو على طلاق فلان الغائب زوجته، وقد وجد الشرط، وأثبت ذلك يحكم على الحاضر والغائب جميعاً، فهذا مثال الشرط.

٦٩- المادة: وإن كان ما يدعى على الغائب سبياً لما يدعى على الحاضر لكن باعتبار البقاء فقط لم يحكم لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، صورتها برهن المشتري شراء فاسداً على البائع أنه باع المبيع من فلان الغائب يريد بذلك إبطال حق البائع في الاسترداد فههنا ادعى أمرين: أحدهما على الحاضر وهو إبطال حق الاسترداد، وثانيهما على الغائب وهو شراء العين، وما ادعى على الغائب سبب لما ادعى على الحاضر ولكن ليس دائماً بل ما دام باقياً فإذا بطل بفسخ لم يصر سبياً ففي هذا لا ينصب الحاضر خصماً عن الغائب.

٧٠- المادة: والوارث نائب عن المورث في جميع المخاصمات سواء كان مدعياً أو مدعى عليه لكن فيه تفصيل: وهو أن المدعى به إما أن يكون عيناً أو ديناً، وعلى كل فإما أن يدعى به على الميت أولاً، فإن كان يدعى بعين على الميت فالخصم هو الوارث الذي العين في يده دون غيره، ثم انتصاب الوارث صاحب اليد خصماً عن بقية الورثة مشروط بشروط أربعة:

الأول: أن يدعى ذلك الوارث ملكية العين لجهة الميراث عن الميت حتى لو ادعى ملكاً مطلقاً أو شراءً أو هبةً من آخر لا يكون خصماً عن بقية الورثة.

والشرط الثاني: أن تكون العين المدعاة كلها في يده فإن كان بعضها في يده وبعضها في يده غيره لم ينصب خصماً عنهم فيما ليس بيده.

والشرط الثالث: أن تكون العين المدعاة شائعة بين الورثة لم تقسم فلو قسمت، وأودع الورثة الغائبون نصيبهم عند الوارث الحاضر لم ينصب الحاضر خصماً عنهم في أنصبتهم.

والشرط الرابع: أن يصدق الوارث الغائب الوارث الحاضر في أن العين ملك لهم بطريق الميراث عن الميت، فلو لم يصدق أنها ملكنا بطريق الميراث عن أبينا بل قال: هي ملكنا بالميراث عن أخينا أو اشتريناها من فلان لم يكن الحاضر خصماً عنه.

٧١- المادة: وإن ادعى الوارث عينا للميت على أحد فإما أن يدعى له ولباقي الورثة أو يدعى نصيبه فقط، ففي الأول ينتصب خصماً عن بقية الورثة وفي الثاني لا.

٧٢- المادة: وإذا ادعى أحد بدين على الميت فإن كان له وارث أو وصي فكل منهما خصم للمدعى، سواء كان بيدهما شيء من التركة أو لم يكن، وإن لم يكن للميت وارث أو وصي فإن كان هناك شخص موصى له بما زاد على الثلث من قبل الميت فهو الخصم، وإن لم يكن فينظر إن كان هناك وكيل بيت المال مؤكل في أن يدعى عليه كما أنه مؤكل بالجمع والحفظ فهو الخصم وإلا فلينصب القاضي وصياً؛ ليخاصم ممن ينكر الدين على الميت.

الأصل الرابع

٧٣- المادة: الخصم في دعوى الإرث والوصاية أربعة أشخاص: وارث الميت، دائن الميت، من عنده مال للميت وديعة أو غضباً، أو عليه له دين.
والخصم في دعوى النسب من الميت خمسة أشخاص الوارث، والوصي، والموصى له، ودائن الميت، ومديونه. ^(١) (الكل من المحل المذبور).

الأصل الخامس

٧٤- المادة: الخصم في دعوى نكاح الكبيرة البالغة هو نفسها دون وليها سواء ادعى عليها النكاح حالة بلوغها أو حالة صغرها بمباشرة وليها، والخصم في دعوى نكاح الصغيرة هو وليها الذي زوجها.

الأصل السادس

٧٥- المادة: الصبي المأذون له بالتجارة يصلح للخصومة في كل حق يتعلق بالتجارة سواء كان مدعياً أو مدعى عليه بلا حاجة إلى حضور وليه أو وصيه بخلاف الصغير المحجور؛ فإن الخصم في الدعوى له أو عليه هو الولي. (من المحل المذبور).

^(١) يعني لو ادعى رجل مالا بسبب الإرث أو أن الميت أوصى له عند وارث الميت أو دائن الميت أو من عنده مال الميت وديعة أو غضباً أو من عليه دين الميت تصح دعواه، ولو ادعى النسب بأنه ابن الميت مثلاً عند الوارث أو الوصي أو الموصى له أو دائن الميت أو مديونه تصح دعواه، فإن أقام المدعي البيئة في هذه الصور يحكم القاضي بذلك له.

الفصل الرابع في بيان من يجب حضوره عند الخصومة

٧٦- المادة: ادعى على منكوحة الغير يشترط حضور الزوج. ^(١) (من منية المفتي للإمام

السجستاني).

٧٧- المادة: إن أدركت الصغيرة وزوجها كبير وقد زوجها غير الأب والجد لا يفرق

القاضي بينهما ما لم يحضر الزوج أو وكيله. (أحكام الصغار للاستروشن).

٧٨- المادة: حضور الزوج شرط في جميع التفاريق؛ لأنه لا يفرق القاضي في غيبة

الزوج. (من البحر الرائق).

٧٩- المادة: الشهادة بعق الأمة وبالطلاق تقبل حصة بلا دعوى ^(٢) ولا يشترط حضور

المرأة والأمة، ولكن يشترط حضور الزوج والمولى عند المرأة والأمة؛ ليشير إليهما الشهود.

(من شروط الحلواني).

^(١) فإن المدعي يخاصم الزوج أولاً، في الأنقروية: لو ادعى رجل نكاح امرأة هي في نكاح الغير ولا بينة له يستحلف الزوج والمرأة، ويبدأ يمين الزوج على العلم، فإن حلف انقطع الخصومة، وإن نكل تحلف المرأة على البتات، فإن نكلت فهي للمدعي. (ج ٢ ص ١١٥).

^(٢) يعني لا تشترط الدعوى لصحة الشهادة على الطلاق وعق الأمة المعينة؛ لما فيهما من تحريم الفرج وهو حق الله تعالى فتقبل اتفاقاً، وفي عق العبد والأمة الغير المعينة تشترط الدعوى لصحة الشهادة عند الإمام؛ لأن العتق حق العبد فلا بد من الدعوى وهي لا تتحقق من المجهول، وعق المبهمة لا يحرم الفرج عنده خلافاً لهما؛ لأن المشهود به حق الشرع وعدم الدعوى لا يمنع قبول الشهادة وهذا؛ لأن المشهود به العتق وهي حق الشرع ألا يرى أنه لا يحتاج إلى قبول العبد ولا يرتد برده، كذا في مجمع الأنهر ج ١ ص ٥٢٥.

وفي التبيين: فإن قيل: لو كان سقوط الدعوى في عق الأمة لثبوت حرمة فرجها على المعتق لما قبلت على عق الأمة المجوسية، وعلى الطلاق الرجعي؛ لعدم تضمن الحرمة، قلنا: لا يخلو عن إثبات حق الله تعالى فيه أما الرجعي فقد انعقد سبباً للحرمة؛ لأنها تحرم به عند انقضاء العدة، وينتقص به العدد أيضاً، =

٨٠- المادة: غصب داراً مستأجرة فدعوى المالك على الغاصب لا تجوز بلا حضور المستأجر، ودعوى المستأجر على الغاصب بلا حضور المالك تسمع. ^(١) (من الفصل الثالث من الفصولين).

٨١- المادة: إن كان البذر من المزارع فهو كالمستأجر فيشترط حضوره في دعوى الأرض وإن لم يكن البذر منه إن نبت الزرع فكذلك، وإن لم ينبت لا يشترط هذا في دعوى الملك المطلق، وفي دعوى الغصب لا يشترط حضور المزارع؛ لأنه يدعي عليه الفعل. (من الخلاصة في أول الدعوى) ^(٢).

٨٢- المادة: في دعوى المرهون يشترط حضور الراهن والمرتهن وفاقاً. (في أوائل الفصل الثالث من الفصولين) ^(٣).

= وهو نوع من الحرمة، والأمة المجوسية لا يوجب وطؤها الحد، ولا يسقط به الإحصان ما دامت في ملكه، وبعد العتق يوجب الحد، ويسقط به إحصانه. (ج ٣ ص ٨٩).

^(١) كذا في المجلة المادة - ١٦٣٧ - يعني إذا ادعى المستأجر على الغاصب أن هذا المال هو بإيجاري وقد غصبته مني فتصح دعواه ولا يشترط حضور المالك؛ لأن المستأجر مالك للمنفعة فله حق الخصومة بلا حضور المالك، وكذا إذا غصب أحد من آخر العقار الوقف الذي بإيجاره وضبطه فأراد المغصوب منه المستأجر الادعاء بالعقار المذكور على الغاصب فلا يشترط حضور المتولي، وأما دعوى المالك على الغاصب فلا تصح بدون حضور المستأجر.

^(٢) الخلاصة ج ٤ ص ٨٤ صورة دعوى الملك المطلق أن يدعي المدعي الأرض التي في يد المزارع فإن كان البذر منه يشترط حضوره في الدعوى؛ لأنه مستأجر للأرض، وإن لم يكن البذر منه فإن نبت الزرع فكذلك يشترط حضوره؛ لأن له حصة في الزرع النابت فيشترط حضوره؛ لئلا يحكم بقلعه في غيبته، وإن لم ينبت الزرع فلا يشترط، وأما إذا غصب الأرض وهي في يد المزارع فلا يشترط حضوره؛ لأنه دعوى الفعل وهو الغصب وهو ليس فعله.

^(٣) جامع الفصولين ج ٢ ص ٣٧ الراهن بوجه الملك والمرتهن بوجه اليد.

٨٣- المادة: لو ادعى ديناً على الميت وللميت ورثة صغار لا يشترط حضور الكل لكن حضور الواحد يكفي. (المحيط والذخيرة) ^(١).

٨٤- المادة: إذا قامت البيئة على إفلاس المحبوس لا يشترط سماعها بحضرة رب الدين لكنه إن كان حاضراً هو أو وكيله فالقاضي يطلقه بحضوره وإن لم يكن حاضراً يطلقه بكفيل. (من نفع الوسائل) ^(٢).

^(١) كذا في معين الأحكام ج ١ ص ٣٦٣، وجامع الفصولين ج ١ ص ٥٩.

^(٢) كذا في حاشية الشلبي على التبيين ج ٥ ص ٢٠٠.

الفصل الخامس في دفع الدعاوي^(١)

الدفع على قسمين: مقبولة وغير مقبولة:

(١) اعلم أن الدفع شرعا هو الإتيان بدعوى قل الحكم أو بعده من قبل المدعى عليه نرد وتريل دعوى المدعي، كما في المجلة المادة - ١٦٣١، وفي الدفع بصير المدعى عليه في أصل الدعوى مدعيا، والمدعي في أصل الدعوى مدعى عليه، فذلك إذا أثبت من دفع الدعوى دفعه بإقرار المدعي أو بإقامة الهيئة لدفع دعوى المدعي، وإن عجز المدعى عليه عن إثبات الدفع بناء على إنكار المدعي فيحلف المدعي الأصلي بطلب صاحب الدفع، فإن نكل المدعي الأصلي عن اليمين يثبت دفع المدعى عليه، وإن حلف تعود دعواه الأصلية، كذا في المجلة المادة - ١٦٣٢، ولا يشترط في صحة الدفع صحة الدعوى؛ فذلك لو دفع المدعى عليه الدعوى الغير الصحيحة بدفع صحيح وأثبته بقبل، في البحر (ج ٧ ص ٢٣١): فإن قلت: ما فائدة دفع الدعوى الفاسدة مع أن القاضي لا يسمعها؟ قلت تفقها، ولم أره: فالدته: لو أعادها على وجه الصحة كان الدفع الأول كافيا، أه، وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا وكذا يصح قل الحكم كما يصح بعده، ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح في المختار، وقبل: لا يسمع بعد ثلاث بأن ادعى الملك المطلق فقال: اشتريته منك فدفع قائلا بالإقالة فدفع قائلا بأنك أقررت ما اشتريته مني يسمع في المختار، كذا في البحر (٧/٢٣١)، ولا يصح الدفع من غير المدعى عليه، ويستثنى منه مسألتان:

الأولى: إذا كان المدعى عليه أحد الورثة فللوارث الآخر يجوز الدفع؛ لأن أحدهم ينوب حصصاً عن باقيهم فيما لهم وما عليهم.

والثانية: إذا ضبط من يد المشتري المال المشتري بالاستحقاق فإذا أقام البائع البينة بأن المستحق قد باعه ذلك المال قبل بيعه للمشتري قبل دعواه ولو لم تكن على البائع، كذا في شرح المجلة لعلي حيدر في توضيح المادة - ١٦٣١.

وهذه الطريقة هي معمول بها الآن في كل البلدان وكل الأنظمة، وهي الدليل على جواز جعل المحاكم درجات - كما هو حاصل الآن - وحق المدعى عليه في استئناف الدعوى، وحق المدعي في استئناف آخر بعد استئناف المدعى عليه حتى تصل القضية إلى محكمة النقض أو إلى أعلى محكمة في البلاد حيث يكون حكمها ملزماً لا يجوز دفعه ولا رفعه ولا يقضه، وذلك؛ لوجوب إنهاء النزاع حتى لا يستمر إلى غير نهاية.

٨٥- المادة: الأصل أن الدعوى متى فصلت بالوجه الشرعي مستوفية شرائطها لا تنقض ولا تعاد، ولكن إن أتى المدعى عليه بدفع صحيح تدفع الدعوى إن كانت قبل الحكم، وينقض الحكم أيضاً إن وقع الحكم بعدها لكن نقض الحكم والقضاء مشروط بشرطين:

الأول: أن يبرهن الدافع على بطلان القضاء الأول كما إذا ادعى المدعى داراً بالإرث من أبيه، وبرهن على ذلك، وقضى له القاضي بها، وبعد ذلك ادعى المدعى عليه أنه اشترى هذه الدار من مورث المدعى وبرهن على ذلك، وكما إذا ادعى الخارج الشراء من فلان، وبرهن على دعواه، وحكم له القاضي، ثم ادعى المدعى عليه أنه اشترى هذه العين من فلان قبل تاريخ شراء المدعى يقبل الدفع وينقض الحكم الأول في الصورتين.

والشرط الثاني: أن لا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه والدعوى الأصلية، فلو أمكن التوفيق لم يقبل، وصورته أن يدعي شخص ملكية دار، وحكم له بها بعد البرهان، فيدعي المدعى عليه أن المدعى أقر له قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار فلا يقبل هذا الدفع، ولا ينقض الحكم؛ لإمكان التوفيق بأن يحمل بأن المدعى شراها بخيار فلم يملكها في ذلك الزمان ثم يمضي مدة الخيار ملكها. (الأصول القضائية في المرافعات الشرعية).

٨٦- المادة: الأصل أن كل دفع يترتب على ثبوته بطلان الدعوى ولم يكن الدافع مناقضاً نفسه فدفعه مقبول وإلا فلا يصح. ^(١)

^(١) هذه المادة معيار الدفوع المقبولة والغير المقبولة، مثال ما لا يترتب على ثبوته بطلان دعوى المدعى أنه إذا ادعى المدعى قائلاً: إن هذا الرجل قد أخذ مني مالي الفلاني فادعى المدعى عليه قائلاً: إن المدعى قد أقر بأن شخصاً آخر قد أخذ منه ذلك المال وأقام البينة على ذلك لا يقبل ولا تبطل دعوى المدعى بذلك؛ لأنه يمكن للمدعى أن يقول: نعم إن الشخص الفلاني قد أخذ ذلك مني ثم أعاده لي ثم أخذه مني هذا المدعى عليه.

الدفع قبل إقامة البينة وبعدها، وقبل الحكم وبعده، ودفع الدفع وإن كثر ما لم يظهر احتيال وتلبيس. (تكملة ردالمحتار).^(١)

الدفع المقبولة

٨٧- المادة: لو دفع دعوى المدعي بمعاينة التصرف تندفع؛ لأن المدعي إذا كان ناظراً ومطلعاً على تصرف المدعي عليه إلى أن مات لا تسمع الدعوى على ورثته كما مر عن الخلاصة، وكذا لو مات المدعي لا تسمع دعوى ورثته كما مر عن الولوالجية. (تكملة ردالمحتار).

٨٨- المادة: والدعوى تندفع بمرور الزمان أيضاً كما في تكملة ردالمحتار إذا كان الترك بلا عذر من كون المدعي غائباً أو صبيّاً أو مجنوناً وليس لهما ولي، أو المدعي عليه أميراً جائراً يخاف منه، أو أرض وقف وليس لها ناظر.^(٢)

=ومثال ما كان الدافع مناقضاً نفسه: أنه إذا كفل الكفيل دين آخر فطالبه الدائن بالدين فادعى الكفيل بأن الدين الذي يطلبه المدعي من المديون الأصيل هو ثمن خمر وأراد إقامة البينة على ذلك لا يقبل دفعه للتناقض.

(١) كذا في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام في توضيح المادة (١٦٣١) وذكر فيه أمثلة كل نوع فليراجع إليه.

(٢) اعلم أن مرور الزمن على نوعين:

النوع الأول: مرور الزمن الذي حكمه اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة، ولذلك فالدعوى التي ترك ستا وثلاثين سنة بلا عذر لا تسمع مطلقاً؛ حيث إن ترك الدعوى تلك المدة مع الاقتدار عليها وفقدان العذر يدل على عدم الحق، وهذا المنع هو منع الفقهاء فلذا لا يسمع القاضي الدعاوي التي مر عليها هذه المدة وإن أمره السلطان بسماعها، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

والنوع الثاني: مرور الزمن المعين من قبل السلطان، وإن عدم استماع الدعوى في مرور الزمن الذي هو من هذا النوع مبني على المادة (١٨٠١) من المجلة؛ فلذلك إذا تحقق في دعوى مرور زمن من هذا النوع، =

٨٩- المادة: لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث بعد أن تركت خمس عشرة سنة. (المجلة).

٩٠- المادة: إن كان الدعوى في طريق الخاص والمسبل وحق الشرب فلا تسمع بعد خمس عشرة سنة. (١)

وأمر من قبل السلطان باستماع تلك الدعوى لتسمع. وللسلطان أن يمنع قاضيا من استماع الدعوى التي يقع فيها مرور زمن من هذا النوع وأن يأذن قاضيا آخر بسماع مثل هذه الدعوى، ولو سمع القاضي الممنوع الدعوى التي مضى عليها الزمن المعين من قبل السلطان، وحكم بها لا ينفذ قضاؤه؛ لأنه معزول فيها، لما تقرر أن القضاء يتقيد ويتخصص بزمان ومكان ودعاوي، فلذا يتحدد بتحديد السلطان، فإذا كان المدعى به عيناً أو ديناً أو حقاً من الحقوق وترك المدعي دعواه خمس عشرة سنة لا تسمع دعواه، وإن كان مشد المسكة أو حق القرار في أراضي أميرية رقبته مملوكة لبيت المال لا تسمع بعد عشر سنوات، وإن كان في عقار الوقف تسمع إلى ست وثلاثين سنة، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

وهذا المنع هو في حق القاضي وليس في حق الحكم؛ فلذلك إذا فصل الحكم دعوى مر عليها خمس عشرة سنة فصحيح وينفذ حكمه حتى لو أن شخصين عينا القاضي حكما بفصل دعوى " فللحكم المذكور أن يفصل تلك الدعوى ولو مر عليها خمس عشرة سنة، كذا في درر الحكام.

ثم اعلم أن عدم سماعها ليس مبني على بطلان الحق؛ لأنه ليس ذلك حكماً بطلان الحق، وإنما هو امتناع القضاة عن سماعها خوفاً من التزوير ولدلالة الحال كما دل عليه التعليل، وإلا فقد قالوا: إن الحق لا يسقط بالتقادم كما في قضاء الأشباه فلا تسمع الدعوى في هذه المسائل، مع بقاء الحق للآخرة ولذا لو أقر به يلزمه، كذا في ردالمحتار، وفيه أيضاً: يجب على السلطان الذي نهى قضاة عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه، أو يأمر بسماعها، كي لا يضيع حق المدعي، وهذا حيث لم يظهر من المدعي أمارة التزوير، والتفصيل في ردالمحتار وشرحي المجلة لعلي حيدر والآتاسي فليراجع إليها.

(١) هذا إذا كان حق المرور والمسبل والشرب راجعاً إلى الأراضي المملوكة، وإن كان راجعاً إلى الأراضي الأميرية فلا تسمع بعد عشر سنوات، وإن كان راجعاً إلى أرض الوقف تسمع إلى ست وثلاثين سنة، كما في درر الحكام.

وإن كان في عقار الوقف فللمتولي أن يدعيها إلى ست وثلاثين سنة، ودعوى الأراضي الأميرية لا تسمع بعد مرور عشر سنين. ^(١) (من المحل المذبور).

٩١- المادة: لا يسقط الحق بتقادم الزمان وإن طال حتى إذا أقر المدعى عليه بالحق بأنه للمدعى في حضور الحاكم يحكم بموجب الإقرار، وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضرة الحاكم وادعى المدعى بكونه أقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية لا تسمع دعوى الإقرار لكن الإقرار الذي ادعى إن كان قد ربط بسند ما وخط المدعى عليه معروف مقدماً ولم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند إلى مدة الدعوى تسمع دعوى الإقرار. (المجلة).

٩٢- المادة: لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوي المحال التي يعود نفعها إلى العوام كالطريق العام والنهر والمرعى. (الحوالة السابقة).

٩٣- المادة: لا يعتبر مرور الزمان في دعوى الطلب من المفلس إلا من تاريخ زوال الإفلاس مثلاً لو ادعى على من تمادى إفلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك بأنه قبل خمس عشرة سنة لم يقدر على الدعوى؛ لأجل إفلاس المدعى عليه تسمع. دعواه (المجلة).

٩٤- المادة: ادعى رجل على آخر مالاً وحكم به الحاكم فدفع المدعى عليه بأن المدعى بعد الحكم له بالمال قال: إنه لم يكن ملكي وبرهن على ذلك صح الدفع واسترد منه المال؛ لأن قوله: لم يكن ملكي المراد منه الملك في الماضي فيكون مكذباً نفسه.

^(١) صورته إذا تصرف أحد في مزرعة الأراضي الأميرية عشر سنوات في مواجهة آخر وسكت ذلك الآخر تلك المدة بلا عذر ثم أقام الدعوى قائلاً إن تلك المزرعة بتصرفي بموجب سند طابو قبل السنين المذكورة وأنكر المدعى عليه فلا تسمع دعواه، كما في درر الحكام.

٩٥- المادة: ادعى على رجل مائة درهم فقال المدعى عليه: ما لك عليّ شيء، فبرهن المدعى على دعواه، فدفع المدعى عليه بأنه أدى المقدار المدعى به إلى المدعى أو بأن المدعى أبراه منه صح الدفع؛ لعدم التناقض.

٩٦- المادة: ادعى على رجل مائة درهم فدفع المدعى عليه بأنه أدى إلى المدعى خمسين درهماً منها، وأنكر المدعى يصح هذا الدفع بشرط شهود المدعى عليه بذلك.

٩٧- المادة: ادعى عليه مالا فدفع المدعى عليه بأن هذا المال مال قمار أو ثمن خمر وبرهن على ذلك قبل هذا الدفع.

٩٨- المادة: ادعى على رجل مقدارا من الدراهم فدفع المدعى عليه بأنه أداها له وأحضر شهوداً شهدوا بأداء ذلك المقدار، ولكنهم لا يعلمون بأي جهة كان إعطاء هذا المقدار صح الدفع على الرأي الراجح.

٩٩- المادة: ادعى على رجل داراً ورثها عن أبيه فدفع المدعى عليه بأن المورث أقر قبل وفاته أنها ملكي صح الدفع على الأصح.

١٠٠- المادة: ادعى على رجل أن أباه أوصى له بثلث ماله فدفع المدعى عليه بأن أباه رجع عن هذه الوصية أو عن كل وصية في حال حياته يقبل هذا الدفع على القول الصحيح، وقس على ذلك فلا حاجة إلى مزيد الإكثار.

الفصل السادس في الفرق بين المدعي والمدعى عليه

١٠١- المادة: المدعي من إذا ترك الدعوى لا يجبر عليها، ذكره القدوري، وهذا من التعاريف التي صرح بذلك في تكملة ابن عابدين، واختاره في الكنز والغرر والملتقى، ومنهم من قال: صاحب اليد مدعى عليه والخارج مدعي، وقال صاحب التحفة: المدعي من يلتمس إثبات ملك أو حق والمدعى عليه من ينفيه لكن معرفة الفرق بينهما يحتاج إلى فقه وذكاء؛ إذ العبرة للمعاني دون الصور كالمودع إذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها؛ فإنه مدعي صورة ولكنه منكر معنى؛ إذ بدعواه هذه ينكر الضمان عليه.

١٠٢- المادة: كان الفرق بين المدعي والمدعى عليه يتوقف على معرفة ذي اليد من الخارج فذو اليد هو من كان المدعى به في تصرفه بحيث ينتفع به والخارج خلافه، وليس المراد كونه في تصرفه حال المحاكمة خاصة بل سواء كان حال المحاكمة أو قبلها كمن أحدث يده على عقار في يد غيره لم يصر بهذا ذا يد، كذا في دعوى القهستاني.

١٠٣- المادة: ثم كونه ذا يد في المنقولات يثبت في العيان والمشاهدة أو الإقرار أو البينة كمن أنكر كون المنقول في يده فأحضر المدعي شاهدين شهدا أنه في يده منذ سنة مثلاً تسمع ويعتبر ذا يد، كذا في الهندية من التنازع.

١٠٤- المادة: وأما ثبوت اليد في العقار فلا تثبت بتصادق المتداعيين بل إما بالبينة أو علم القاضي، كما في الكنز.

١٠٥- المادة: وإذا أراد المدعي أن يقيم البينة بعد إقرار المدعى عليه باليد أنها له لا تقبل بينة المدعي بالملك ما لم يقيم البينة أنها في يد المدعى عليه، كما في دعوى الخانية.

١٠٦- المادة: فلو لم يبرهن على يد المدعى عليه وبرهن على الملك وقضى به القاضي للمدعي لا ينفذ حكمه، وإن أقر المدعى عليه بالملك، كما في جامع الفصولين.

الباب الثالث في الشهادة

الفصل الأول

١٠٧- المادة: لما كانت الحجج المثبتة منها ما هو حجة بالاتفاق كالشهادة والإقرار والنكول، ومنها ما اختلفوا في حجيتها كالحجج الخطية وعلم القاضي والقرينة القاطعة فجعلنا لكل باباً على حدة، وقدمنا الشهادة؛ لأنها حجة متعددة.

١٠٨- المادة: الشهادة هي الإخبار بلفظ الشهادة ^(١) يعني يقول: أشهد بالله بإثبات حق أحد هو في ذمة الآخر في حضور الحاكم ^(٢) ومواجهة الخصمين. (المجلة).

حكم أداء الشهادة

١٠٩- المادة: أداء الشهادة في غير الحدود فرض عند الطلب بالإجماع وبالكتاب لقوله تعالى: {ولا ياب الشهداء إذا دعوا} [البقرة-٢٨٢] ^(٣) وقوله تعالى: {ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه} [البقرة-٢٨٣] وكل هذا يدل باهتمام الشارع بأداء

^(١) ولا تعتبر بغير لفظ الشهادة كأعلم وأتقن وأتحقق قال في الدر: لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال فكأنه يقول: أقسم بالله لقد أطلعت على ذلك وأنا أخبر به، وهذه المعاني مفقودة في غير هذا اللفظ فتعين. (شرح المجلة للأتاسي ج ٥ ص ١٩٩).

^(٢) أي في مجلس المحاكمة ولا تعتبر الشهادة في خارجه كما في المادة -١٦٨٧- من المجلة، ثم إن كان الحاكم منصوب من قبل الإمام وجب أن تكون الشهادة في المجلس الذي عينه له الإمام وفي محل ولايته، وإن كان محكماً من المتداعيين فلا يتقيد حكمه في مجلس دون مجلس، بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه فوجب أن تكون الشهادة فيه كما في التكملة. (شرح المجلة للأتاسي ج ٥ ص ٢٠٠).

^(٣) في البحر: وذكر الإمام الرازي في أحكام القرآن أن قوله تعالى: {ولا ياب الشهداء إذا دعوا} [البقرة: ٢٨٢] عام في التحمل والأداء لكن في التحمل على المتعاقدين الحضور إليهما للإشهاد ولا يلزم الشاهدين الحضور إليهما وفي الأداء يلزمهما الحضور إلى القاضي لا أن القاضي يأتي إليهما ليؤديا، ثم قال: إن الشهادة فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط عن الباقي، وتعين إذا لم يكن إلا شاهدان سواء كانت للتحمل أو الأداء اهـ. (ج ٧ ص ٥٧)

الشهادة والتحذير عن كتمانها، وسبب فرضية الشهادة إحياء الحقوق؛ إذ بدونها تنوى وتضع.

محل وجوب أداء الشهادة

١١٠- العادة: الحقوق التي يراد إثباتها ثلاثة أقسام: ١- حق العبد - ٢- حق الله تعالى الذي هو حد - ٣- ما هو حق الله تعالى وليس بحد، فالشهادة على الأول يشترط لها سبق الدعوى بخلاف الآخرين، ويجب الشهادة في الأول إن خاف ضياع حقه بشرط الطلب^(١) ويجب في الثالث بدون الطلب، وفي الثاني لا يجب أصلاً^(٢) كذا في الأصول القضائية.

(١) أي طلب ذي حق هذا إن علم بشهادته، وإن لم يعلم بها وخاف الشاهد فوت حقه لزمه إعلام ذي حق بما عنده فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا؛ إذ يحتمل أنه ترك حقه، (ردالمحتار).

(٢) التفصيل: أن الشهادة إذا كانت متعلقة بحقوق الله تعالى، ففي ما سوى الحدود، كالطلاق والعنق وغيرها من أسباب الحرمات يلزمه الأداء حسبة لله تعالى عند الحاجة إلى الأداء من غير طلب من أحد من العباد، في درر الحكام: في حقوق الله كالطلقات الثلاثة، وتعبير آخر في الحرمة المغلظة لا يشترط فيها طلب الشهادة ويجب على الشاهد من غير طلب وبلا دعوى أن يذهب إلى مجلس القاضي ويشهد في ظرف خمسة أيام حتى إنه إذا أخر الشهادة إلى بعد خمسة أيام من غير عذر وكان عالماً بأن الزوجين يعاشران معاشرة الأزواج يكون فاسقاً ولا تقبل شهادته، مثلاً: إذا توفي أحد وترك زوجته وورثته الآخرين ثم شهد الشهود في حضور القاضي أن المتوفى المذكور قد طلق زوجته ثلاثاً وكانوا عالمين أن الزوجة المذكورة تعاشر زوجها معاشرة الأزواج وتركوا وأخروا الشهادة فلا تقبل شهادتهم؛ لأنهم أصبحوا فاسقين بسبب تأخيرهم الشهادة والحال أنه يجب أن يكون الشاهد عادلاً، أما إذا كان تأخير الشهادة لعذر فتقبل الشهادة. (ج ٤ ص ٣٤٣).

وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقه وشرب الخمر فالستر أمر مندوب إليه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، ولأنه مأمور بدرء الحد. وصرح الفقهاء بأن الأولى الستر إلا إذا كان الجاني متهتكاً.

نصاب الشهادة

١١١- المادة: نصاب الشهادة في الزناء أربعة رجال، وفي القتل رجلان، وفي حقوق العباد رجلان أو رجل وامرأتان.^(١)

^(١) في المحيط البرهاني: الحوادث أقسام ثلاثة: في قسم منها يشترط الأربعة، وهو: الزنا الموجب للحد، عرف ذلك بقوله تعالى: {فاستشهدوا عليهن أربعة منكم} (النساء: ١٥) ولا يشترط ذلك في غيره، وفي قسم منها يشترط رجلين، وهو العقوبات التي تندرج بالشبهات، نحو القصاص وسائر الحدود ما خلا حد الزنا، حتى لا تثبت هذه الأشياء بشهادة رجل وامرأتين، وفي قسم منها يكفي بشهادة رجل وامرأتين، وهو المال وما كان من توابع المال؛ لأن الله تعالى قال في آية المدائنة: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان} (البقرة: ٢٨٢) وإذا ثبت هذا الحكم في المال ثبت فيما هو تبع المال ضرورة، والحقوق المجردة كالنكاح والطلاق والعتاق والرجعة من هذا القسم، حتى يكفي فيه بشهادة رجل وامرأتين، وكذلك ما يتوقف عليه كمال العقوبة، وهو الإحصان من هذا القسم، حتى يثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا؛ لأن الإحصان عبارة عن خصال حميدة، بعضها مأمور به وبعضها مندوب إليه، فيثبت بشهادة النساء مع الرجال كسائر الحقوق، انتهى. (ج ٨ ص ٣٠٨).

الفصل الثاني في كيفية أداء الشهادة

وتقبل شهادة النساء فقط في المحال التي لا يطلع عليها الرجال.^(١)

١١٢-المادة: لا تعتبر الشهادة التي تقع في الخارج عن المحاكمة.

١١٣-المادة: يلزم أن يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به وأن يشهدوا بذلك الوجه. (المجلة)^(٢).

^(١) في المحيط البرهاني: وفيما لا يطلع عليه الرجال جعلنا شهادتهن حجة على الانفراد بالنص، وقد روى مجاهد، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وعطاء بن أبي رباح -رضي الله عنهم-: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- «أجاز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال النظر إليه» أي: فيما لا يحل للرجال النظر إليه، والمعنى فيه: أنه لو لم تجز شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال أدي إلى إبطال حقوق تعلقت بهذه الأسباب، والعدد ليس بشرط عندنا في هذا الباب، وإن كانت امرأتان أو ثلاث فذلك أحب، وهل يشترط لفظة الشهادة؟ قال مشايخ بلخ، ومشايخ بخارى: يشترط، وقال مشايخ عراق: لا يشترط، وأجمعوا على أنه يشترط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام إن قامت على مسلم، وكذلك يشترط العدالة، ذكره شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله-، وإنما لم يشترط العدد عندنا؛ لما روينا من حديث مجاهد وسعيد بن المسيب؛ لأن النساء. اسم جنس واسم الجنس يتناول الأدنى مع احتمال الكل، وفي حديث حذيفة -رضي الله عنه-: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- «أجاز شهادة القابلة على الولادة»، والمعنى في ذلك: أنه إنما سقط اعتبار الذكورة في هذا الباب مع أن نظر الرجال إلى هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع؛ لأن نظر الجنس أخف، فإذا أمكن تحصيل المقصود بالأخف وهو شهادة النساء سقط اعتبار الأغلظ، ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية والعدالة؛ لأن نظر المملوك وغير العدل ليس أخف من نظر الحر والعدل، وهذا المعنى يقتضي سقوط اعتبار العدد؛ لأن نظر الفرد أخف من نظر العدد، وكذا لم يسقط اعتبار الإسلام؛ لأن نظر الكافر ليس أخف من نظر المسلم. (ج ٨ ص ٣٠٩).

^(٢) المجلة المادة -٢٦٨٨- هذا في غير ما تجوز فيه الشهادة بالسمع كما يأتي في المادة الآتية، والمراد من المعاينة أعم من أن تكون بالسمع أو البصر، فيشمل المرئيات كالبيع بالتعاطي والإقرار=

١١٤- المادة: الأمور التي يتعذر على كثير من الناس مشاهدتها ويبقى أحكامها ممر الدهور يجوز الشهادة بها بالتسامع وهي النسب والنكاح والدخول بالزوجة وولاية القاضي والموت وأصل الوقف بشرط أن تشهر لدى الشاهد شهرة حقيقة كالتواتر أو حكمية تكون بشهادة عدلين أو عدل وعدلتين بلفظ أشهد بالله. (الأصول القضائية).

١١٥- المادة: إذا لم يقل الشاهد: لفظ أشهد لكن لو سأله الحاكم بقوله: أتشهد هكذا، وأجاب بقوله: نعم هكذا أشهد يكون قد أداها. (المجلة) ^(١)

١١٦- المادة: تكفي إشارة الشاهد إلى كل من المشهود والمشهود عليه إذا كانا حاضرين ولا يلزم ذكر اسم أب المشهود له والمشهود عليه ولا جدهما، وأما في الشهادة المتعلقة بالموكل والميت فيلزم على الشاهد ذكر أبهما وجدهما إلا إذا كان كل منهما

=بالكتابة والإجارة بالتعاطي وحكم القاضي الفعلي والقتل، والمسموعات كالبيع بالإيجاب والقبول وكحكم القاضي القولي والنكاح والوقف، والمعاينة على وجهين:
الأول: يكون بمعاينة السبب الموضوع للملكية كرؤية أحد آخر يشتري مالا أو يهبه ويقبضه ثم يشهد بعد ذلك أن ذلك المال ملكه.

والثاني: يكون بمعاينة وضع اليد الذي هو دليل الملك بأن يرى أحداً يتصرف في المال الذي تحت يده بدون أي منازعة ومعارضة من أحد، فللواقف على هذه الأحوال والمطمئن على أن المال المذكور هو ملك لذي اليد أن يشهد أن ذلك المال هو ملك لذلك الشخص وتحل له هذه الشهادة. (درر الأحكام ج ٤ ص ٣٣٨).

^(١) المجلة المادة - ١٦٨٩ - يعني إذا لم يقل الشاهد: لفظ أشهد بل قال: أعرف مثلاً فيحسن بالقاضي عند أبي يوسف أن يسأل الشاهد قائلاً: هل تشهد هكذا؟ فإذا سأله على هذا الوجه وأجابه الشاهد: نعم أشهد هكذا فيكون الشاهد قد أدى الشهادة حيث إن الشاهد يضطرب بعضاً من مهابة مجلس القاضي فبدلاً من أن يقول: أشهد بكذا، يقول: أعرف كذا، فتلقين الشاهد في غير موضع التهمة فيه إحياء للحق. أما في موضع التهمة فليس للقاضي تلقين الشاهد باتفاق، كذا في درر الأحكام.

مشهوراً فيكفي ذكر اسمه؛ لأن المقصد الأصلي تعريفه بوجه يتميز عن غيره. (من المحل المذبور)^(١).

١١٧- المادة: يلزم في الشهادة بالعقر ذكر حدوده ولكن إذا لم يذكر حدود المشهود به وتعهد باراته وتعيينه في محله يذهب إلى محله ويأمر بتعيينه^(٢).

١١٨- المادة: إذا ادعى المدعي بالاستناد على الحدود التي هي في السند وشهدت الشهود بأن العقار المحررة حدوده في هذا السند ملك المدعي تصح شهادتهم. (المجلة)^(٣).

^(١) المحلة المادة - ١٦٩٠ - مثال الشهادة على الحاضرين أن يشهد الشاهد قائلاً: إن هذا المال هو ملك هذا المدعي وإن هذا المدعي عليه وضع اليد عليه بغير حق وأشهد على ذلك، ومثال الشهادة المتعلقة بالموكل إذا ادعى زيد على عمرو قائلاً: إن لبكر في ذمتك ألف درهم من جهة القرض وانتي وكيل عن بكر في مخاصمتك وفي قبض المبلغ المذكور منك، وأنكر عمرو الوكالة، فالشهود الذين يقيمهم المدعي للإثبات يجب عليهم أن يذكروا اسم أب وجد بكر، ومثال الشهادة المتعلقة بالميت: أنه لو ادعى بدين من تركة وادعى المدعي عليه بأنه قد أدى دينه للمتوفى وأقام شهوداً على ذلك فيجب على الشهود أن يذكروا اسم أب وجد المتوفى، كذا في درر الحكام.

^(٢) المجلة المادة - ١٦٩١ - يعني يلزم في الشهادة بالعقر بيان حدوده الثلاثة أو الأربعة، إذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وبين بأنه سيربها ويعينها في محله يذهب إلى محله ويكلف بتعيينها وإراءتها، في درر الحكام: وفي ذلك وجهان: الوجه الأول أن يذهب القاضي أو نائبه إذا كان القاضي ماذوناً بنصب نائب إلى المحل الموجود فيه العقار وسمع الشهادات هناك، والوجه الثاني: أن يستمع القاضي الشهود وأن يستشهدهم في حضوره وبعد ذلك يرسل الشهود المذكورين إلى محل العقار المذكور مع رجلين عدلين والشهود بحضور العدلين والطرفين المتخاصمين يشيرون إلى الحدود قائلين: إن هذا العقار هو العقار الذي شهدنا به للمدعي، وحدوده هي هذه. والعدلان يتفهمان أسماء جيران العقار ويشهدان في حضور القاضي على أسماء أصحاب الحدود، آه.

^(٣) المجلة المادة - ١٦٩٢ - لأنه قد أشير في هذه الشهادة إلى معلوم، وحكم هذه المادة جار في الدين أيضاً. فعليه إذا ادعى المدعي أن المبلغ المحرر في هذا السند هو حق لي في ذمة المدعي عليه، =

١١٩- المادة: إذا ادعى أحد بأن لمورثه في ذمة فلان كذا دراهم طلب وشهدت الشهود بأن للميت في ذمة المدعى عليه طلبا مقدار الذي ادعى يكفي ولا يحتاج إلى التصريح بقولهم: وصار الطلب المذكور موروثاً للورثة، وإذا ادعى عينا فالحكم بهذا الوجه أيضاً. ^(١)

١٢٠- المادة: إذا ادعى أحد من التركة مالا مقداره كذا وشهدت الشهود بأن للمدعى في ذمة الميت ما ادعى، أو ادعى بأنه كان في يد الميت عين وشهدوا كما مر يكفي ذلك، ولا حاجة إلى التصريح بكون المدعى به باقياً في ذمته إلى مماته، وكذا إذا ادعى على رجل وشهدت الشهود بأن المدعى عليه مديوناً للمدعى بما ادعى يكفي ^(٢) ولكن إذا سأل الخصم عن بقاء الدين إلى وقت الادعاء وقالت الشهود: لا ندري ترد شهادتهم. ^(٣)

= وشهد الشهود بأن المبلغ المحرر في هذا السند هو حق للمدعى في ذمة المدعى عليه تقبل شهادتهم، لأنه قد أشير في هذه الشهادة إلى المعلوم، كذا في درر الحكام.

^(١) المجلة المادة - ١٦٩٣ - والمقصود في هذه المادة أنه لا يشترط في صحة الشهادة على الإرث الجبر الصريح والجبر الحكمي، والجبر الصريح أن يشهد الشهود أن المال أصبح موروثاً للورثة، والجبر الحكمي أن يشهدوا بأن المال كان ملكاً للمورث حين وفاته أو كان في يده أو كان في يد نائب المورث.

^(٢) المجلة المادة - ١٦٩٤ - يعني لا حاجة للجبر في الشهادة بالدين على الميت؛ حيث لا يمكن وجود شهود يشهدون على الجبر فشرط الجبر في الشهادة يستوجب صياح حقوق الناس، والجبر يكون بقول الشهود: إن المدين توفي وهو مدين أو توفي والدين في ذمته.

^(٣) المجلة المادة - ١٦٩٥ - ويسأل الشاهد هذا السؤال إذا أورده الخصم، ولا يحل للقاضي أن يسأل الشاهد الذي يشهد على الدين أو الملك في الماضي بقوله له: هل تعلم بأن الدين مطلوبه في الحال أو أن الملك ملكه في الحال؛ لأنه إذا قال الشاهد: لا أعلم فيكون ذلك باعناً لضياع الحقوق، كذا في درر الحكام.

الفصل الثالث في بيان شروط الشهادة الآتية

الشرط الأول والثاني

١٢١- المادة: يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس.

١٢٢- المادة: لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المحسوس، مثلاً إذا أقيمت على

موت من حياته مشاهدة أو على خراب دار عمارتها مشاهدة فلا تقبل، وقس على ذلك.

الشرط الثالث والرابع

١٢٣- المادة: لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المتواتر. ^(١)

١٢٤- المادة: إنما جعلت البينة مشروعة لإظهار الحق فلا تقبل بالنفي الصرف، مثلاً

فلان ما فعل هذا الأمر، أو هذا الشيء ليس لفلان، أو فلان ليس بمديون لفلان، لكن بينة

النفي المتواتر مقبولة، مثلاً لو ادعى أحد بأنني أقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل

الفلاني كذا من الدراهم، وأثبت المدعى عليه بالتواتر أنه لم يكن في الوقت المذكور في

ذلك المحل بل في محل آخر لا تسمع دعوى المدعى. ^(٢)

^(١) لأن الدعوى خلاف المتواتر باطلة؛ لكونها دعوى المحال، فعليه لا تقبل البينة التي أقيمت على

خلاف المتواتر؛ لأن التواتر يفيد علم اليقين، فالبينة التي تقام على خلافه تستوجب رد الشيء الثابت

بالضرورة واليقين، وبما أن الضروريات اليقينية لا ترد ولا تقبل الشك، فتكون هذه البينة كذبا محضاً

كالبينة التي تقام على خلاف المحسوس.

^(٢) المجلة المادة - ١٦٩٩ - يعني الشرط أن تكون مثبتة؛ لأن وضع الشهادة هو لإثبات خلاف الظاهر

كما في القاعدة - ٧٦ - والنفي والعدم لم يكن خلاف الظاهر بل هو الظاهر والأصل، ويستثنى من هذا

الشرط مسألتان، الأولى: ما ذكرت في المادة، والثانية: تقبل البينة المقامة على شرط منفي، مثلاً إذا

حلف أحد قائلاً: إذا لم أدخل داري هذا اليوم تكون زوجتي طالقاً، وأقامت الزوجة البينة على عدم دخول

زوجها الدار ذلك اليوم تقبل؛ لأن المقصود الأصلي إثبات الجزاء وهو ليس بنفي بل إثبات وإظهار، كذا

في درر الحكام.

الشرط الخامس

١٢٥- المادة: يشترط أن لا يكون في الشهادة داعية دفع المضررة أو جلب المنفعة. وعلى هذا لا تقبل شهادة الأصل للفرع وبالعكس وإن علا الأصل أو سفل الفرع، وكذا شهادة أحد الزوجين للآخر وأحد الشريكين لآخر فيما هو شركتهما، وكذا شهادة الخادم المتعيش بنفقة مولاه له، والأجير الخاص لمستأجره، والصديق لصديقه إذا كان بحيث يتصرف أحدهما في مال الآخر وإلا فلا ^(١) ولا تقبل شهادة الأخرس والأعمى. ^(٢)

الشرط السادس

١٢٦- المادة: ليس لأحد أن يكون شاهداً ومدعياً، وعلى هذا لا تصح شهادة الوصي للقيم والوكيل للموكل. ^(٣)

الشرط السابع

١٢٧- المادة: ولا يعتبر شهادة الرجل على فعل نفسه، فعلى هذا لا تصح شهادة الوكلاء والدلائن والصكاكين، وكذلك شهادة شخص بفعل أو عقد صدر منه إذا صرحوا أمام القاضي وإذا لم يصرحوا قبلت شهادتهم كما لو شهد الوكيل بالنكاح أنها امراته ولم يزد على

^(١) المجلة المادة - ١٧٠٠ - و - ١٧٠١ - وإنما لا تقبل شهادة هؤلاء لهؤلاء؛ للتهمة؛ لأن بينهم اتصال المنافع، وأما شهادة هؤلاء على هؤلاء فتقبل؛ لعدم هذه التهمة.

^(٢) المجلة المادة - ١٦٨٦ - اعلم أن الشهادة ترد من أجل التهمة، وسبب التهمة إما أن يكون المعنى الموجود في الشاهد كعماه وفسقه فإذا كان الشاهد فاسقاً فلا يبالي بالكذب، وإذا كان أعمى لا يطلع على الواقعة تماماً فيخطئ في شهادته، وكذا خرسه؛ لأن في إشارة الأخرس خفاء فيخطئ الآخذ منها. وإما أن يكون المعنى الموجود في المشهود له، وهو أن يكون بين الشاهد والمشهود له وصلة خاصة كقربة الولادة والزوجية؛ إذ يكون الشاهد في هذه الحال متهماً بالكذب؛ مراعاة للمشهود له، وتأميناً لمنافعه.

^(٣) المجلة المادة - ١٧٠٣ - لأن هذه الشهادة شهادة لنفسه ولا تقبل شهادة أحد لنفسه.

ذلك بفعل، وكذلك شهادة حاكم من بلدة على الحكم الصادر منه قبل العزل، وأما إذا شهد على إقرار من أقر في حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته. (المجلة والأصول القضائية).^(١)

الشرط الثامن

١٢٨- المادة: يشترط أن لا يكون بين الشاهد والمشهد عليه عداوة دنيوية، وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف.^(٢)

^(١) المجلة المادة - ١٧٠ ٤- وأما القاسم للأموال بين الشركاء باجر أو بلا أجر إذا شهد قائلا: إنني قسمت هذه الشركة بين الورثة وقد أصاب هذا المال حصة المدعي فتقبل شهادته؛ لأن الملك لا يثبت بقسمته ما لم يتراضوا على ذلك أو يستعملوا القرعة.

^(٢) المجلة المادة - ١٧٠ ٢- أي لا يجوز شهادة العدو على عدوه؛ لأن المعادة من أجل الدنيا محرمة ومنافية لعدالة الشاهد والذي يرتكب ذلك لا يؤمن منه بأن لا يشهد في حق المشهد عليه كذبا وخلافا للواقع، ولأن عداوة الشاهد باعثة على إضرار عدوه المشهد عليه فيكون متهما في الشهادة عليه، أما شهادة العدو لعدوه فمقبولة عند بعض الفقهاء؛ لأنه ليس في هذه الشهادة تهمة، وعند بعضهم العداوة فسق وهي لا تتجزأ، فكما أنه لا يجوز شهادة العدو على عدوه بسبب الفسق، فلا يجوز شهادته له أيضا وترد شهادة هذا العدو في حق جميع الناس، وقد قبل الزيلعي والخيرية القول الأول. ويفهم من قول المجلة بين الشاهد والمشهد عليه أنها اختارت هذا القول.

والعداوة الدنيوية هي العداوة التي تنشأ عن أمور كالمال والجاه وتعرف بالعرف؛ فلذلك لا تقبل شهادة المجروح على الجراح، وورثة المقتول على القاتل، والمقذوف على القاذف، والمشتوم على الشاتم، مثلا لو كان لمسلم عداوة مع ذمي فلا تقبل شهادة ذلك المسلم على ذلك الذمي، أما العداوة الدينية فلا تمنع قبول الشهادة، مثلا لو تجاوز أحد الحد بارتكاب المناهي والمعاصي، وصار أحد عدوا له؛ للسبب المذكور فتقبل شهادة ذلك العدو، إلا أنه إذا كانت العداوة الدينية قد سببت إفراط الأذى على الفاسق ومرتكب المعاصي ففي هذه الحالة تمنع العداوة الدينية أيضا قبول الشهادة. (درر الحكام ج ٤ ص ٤٠٢).

الشرط التاسع

١٢٩- المادة: ويشترط لصحة الشهادة عدم الاختلاف بينهما ^(١) وكذا بينهما وبين الدعوى وإلا فلا تقبل. (المجلة). ^(٢)

الشرط العاشر

١٣٠- المادة: يشترط أن يكون الشاهد عادلاً، والعاقل من تكون حسناته غالبية على سيئاته. (المجلة). ^(٣)

^(١) المجلة المادة - ١٧١٢ - يعني . يشترط في قبول الشهادة تطابق شهادة الشهود في المشهود به؛ لأنه إذا لم تتفق شهادة الشهود في المشهود به فلا يكمل نصاب الشهادة وينفرد كل شاهد بنوع من الإخبار بالمشهود به والحال أنه لا يحكم بشهادة الشاهد الواحد.

^(٢) المجلة المادة - ١٧٠٦ - يعني لا بد من الموافقة معنى بين الشهادة والدعوى سواء كانت الموافقة بالمطابقة كما إذا ادعى المدعي بألف وشهدت الشهود أيضاً بألف أو كانت الموافقة بالتضمن كما إذا ادعى المدعي بألف درهم وشهدت الشهود بخمسمائة تقبل شهادتهم بحق الخمسمائة، وأما إذا كان المشهود به أكثر من المدعى به فلا تقبل الشهادة؛ لعدم الموافقة بوجه من الوجوه.

^(٣) المجلة المادة - ١٧٠٥ - لأنه قد ورد في الآية الجليلة {وأشهدوا ذوي عدل منكم} [الطلاق: ٢]، ولأنه لما كانت الشهادة خيراً محتمل الصدق والكذب، والحجة هي خبر صادق فيترجح بعدالة الشهود طرف الصدق، ولأنه لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده حرمة فالظاهر أنه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاده حرمة، والعاقل من تكون حسناته غالبية على سيئاته، وهو المتوقفي كبائر الذنوب والغير المصر على صفاتها وكان صلاحه أكثر من فسادِه وصوابه أوفر من خطئه، ولم يشترط أن لا يكون له سيئات مطلقاً؛ لأنه لا يوجد في البشر معصوم غير الأنبياء، فإذا شرطت العصمة في الشهادة يوجب سد بابها، كذا في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، وفي الدرر شرح الفرر: العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة؛ لأن الفاسق أهل للولاية والقضاء والسلطنة والإمامة والشهادة عندنا، وعن أبي يوسف إن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة يقبل شهادته، والأصح أن شهادته لا تقبل إلا أن القاضي لو قضى بشهادته يصح عندنا كذا في الكافي. (ج ٢ ص ٣٧٢).

١٣١- المادة: وينبغي على اشتراط العدالة عدم قبول شهادة الكافر، والمرقد، ومدمن الخمر، والمخنث، والمعروف بالكذب، والمغني بالأجرة، والمغنية، ومعتاد الشتم ولو لدابة، ومانع الزكوة، وتارك الجماعة والجمعة بلا عذر، والمسخرة، والوكلاء المفتعلة على أبواب المحاكم لشدماتهم، وشديد البخل، ومن يجلس مجالس الفجور، أو يرتكب ما يوجب الحد، أو يكشف عورته عند الناس، وآكل الربا، ومن يظهر سب السلف بل والخلف، كذا في الدرر وحواشيه.

١٣٢- المادة: فإذا فقد في الشاهد العدالة لم يجز للقاضي أن يقبلها لكن إذا قبلها وحكم بها نفذ حكمه، ولا ينقض وأثم؛ لقبوله شهادة الفاسق. (الأصول القضائية).^(١)

١٣٣- المادة: أكل الشاهد من طعام المشهود له وأخذ أجرة الكراء منه، وإذا أكل الشاهد من طعام المشهود له فعن محمد - رحمه الله تعالى - لا تقبل وعن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - تقبل شهادته؛ للعادة الجارية، ويقول أبي يوسف يفتى^(٢) كما في الأصول القضائية، وأما إذا كان مكان الشاهد بعيداً عن محكمة القضاء هل يجوز أجرة الكراء من المشهود له؟ لم أجده لكن صاحب الأصول القضائية يميل إلى الجواز، وهو الأنسب قياساً على الطعام وتخليصاً للشاهد بتحمل الغرامات لو شهد، وإن امتنع من الشهادة يتضرر المشهود له بإضاعة حقه.^(٣)

(١) كذا في فتح القدير ج ٧ ص ٣٧٦ كتاب القضاء.

(٢) في فتح القدير: ولو وضع للشهود طعاماً فأكلوا إن كان مهياً قبل ذلك تقبل، وإن صنعه لأجلهم لا تقبل، وعن محمد لا تقبل فيهما. وعن أبي يوسف - رحمه الله - تقبل فيهما، وهو الأوجه؛ للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهداً أو لا. (ج ٧ ص ٣٦٦).

(٣) في البحر: وفي القنية الشهود في الرستاق واحتيج إلى أداء شهادتهم هل يلزمهم كراء الدابة؟ قال: لا رواية فيه ولكني سمعت من المشايخ أنه يلزمهم اهـ. (ج ٧ ص ٥٨).

الاختلاف بين الشهادة والدعوى

١٣٤- المادة: الشهادة إما أن تكون بحق من حقوق الله تعالى أو بحق من حقوق العباد، فالأولى: لا تشترط لصحتها موافقتها للدعوى؛ لأن الدعوى نفسها ليست شرطاً لقبولها، فوجودها وعدمها سواء، والثانية: واجب لصحتها موافقتها للدعوى، وهي أن يتحدا نوعاً وكماً وكيفاً ومكاناً وزماناً وفعلاً وانفعالاً ووصفاً وملكاً ونسبةً، فلو ادعى عشرة دنائير وشهدا بعشرة دراهم، أو ادعى بعشرة دنائير وشهدا بثلاثين منها، أو ادعى سرقة ثوب أبيض وشهدا بأحمر، أو ادعى عليه أنه قتل وليه يوم النحر وشهدا بيوم الفطر، أو ادعى أنه قتله بالكوفة وشهدا بالبصرة، أو ادعى عليه أنه شق زقه وأكب ما فيه وشهدا بالانشقاق عنده^(١)، أو ادعى عقاراً بالجانب الغربي من ملك فلان وشهدا بالشرقي منه، أو ادعى أنه ملكه وشهدا أنه ملك ولده، أو ادعى أنه عبده ولدته جاريته فلانة وشهدا بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى في جميع هذه الصور فلا تعتبر.^(٢)

١٣٥- المادة: والتوافق الضروري بين الدعوى والشهادة هو الموافقة في المعنى اتحدت الألفاظ أو اختلفت فلو ادعى زواجاً وشهدا بنكاح، أو ادعى هبة وشهدا بعتية قبلت.

١٣٦- المادة: ثم الاختلاف إنما يضر إذا شهدت الشهود بأكثر من المدعى به، وإن كان بأقل فلا، فلو ادعى بألف وشهدا بألف وخمسمائة، ولم يوافق بين كلامه وكلام الشهود فلا تقبل، ولو ادعى مائة دينار وشهدا بخمسين تقبل بحق خمسين.

(١) لأن الشق فعل والانشقاق انفعال.

(٢) تفصيل هذه المادة مذكور في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام في توضيح المادة - ١٧٠٦.

١٣٧- المادة: الملك المطلق أزيد من الملك بسبب ^(١) كالشراء والإرث والهبة من معلوم، والنتاج أزيد من الملك المطلق؛ لأنه يدل على الأولوية على سبيل الجزم، والشراء والإرث والهبة من مجهول مثل الملك المطلق، فلو ادعى الإنتاج وشهدا بالملك المطلق، أو ادعى الملك المطلق وشهدا بملك بسبب الشراء أو الهبة تقبل، وبالعكس لا، هذا إذا كانت الدعوى في العين، وإن كانت في الدين تقبل سواء كانت الدين المطلق والشهادة بدين بسبب أو بالعكس؛ لأن الديون لا تحتل الزيادة بخلاف الأعيان في الجملة فافترقا.

١٣٨- المادة: وإن قال المدعي: لا شهود لي على المدعى به، أو قال: ليس لي شهود سوى فلان وفلان، ثم أحضر بينة، أو أحضر غيرهما لا تقبل في الصورتين ^(٢)؛ لأنه مكذب

^(١) لأنه إذا ثبت الملك المطلق بالشهادة يثبت وقوعه عن أصل، ويلزم أن يكون المدعي مالكا لزوائد ذلك الملك، كالزوم كون المدعي مالكا لثمر الكرم الذي حصل قبلا مثلا، ولكن إذا ثبت البيع المقيد لا يثبت إلا اعتبارا من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع البيع والشراء، ولهذا يكون الملك المطلق بالنسبة إلى الملك المقيد أكثر؛ لأن المدعي لا يملك زوائد الملك المقيد الحاصلة قبل الشراء، والمطلق أقل من النتاج؛ لأن المطلق يفيد وقوعه عن أصل على الاحتمال والنتاج على اليقين، فإذا ادعى المدعي الشراء عن بائع معلوم بأن قال: قد اشتريته من فلان بن فلان المعروف وشهدت الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم، وكذا الإرث والهبة، وإن ادعى الشراء عن مجهول وشهدت الشهود على الملك المطلق تقبل شهادتهم، وأما إذا كان المدعى به ليس بعين بل كان دينا فلا فرق بين مطلقه ومقیده، فتقبل الشهادة على المطلق. مثلا إذا ادعى المدعي قائلا: إن لي في ذمة المدعى عليه ألف درهم من جهة القرض وشهدت الشهود أن المدعى عليه مدين للمدعي بألف درهم تقبل الشهادة؛ حيث إن الدين لا تحتل فيه الزوائد فلا تعد الشهادة الواقعة شهادة بالأكثر، كذا في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام.

^(٢) المجلة المادة - ١٧٥٣ - في تكملة ردالمحتار: وفي المحيط: إذا قال: ليس لي بينة على هذا ثم أقام البينة عليه لا تقبل عند أبي حنيفة؛ لأنه كذب بينته، وتقبل عند محمد؛ لأنه يحتمل أنه كان له بينة ونسبها انتهى، فقد ذكر خلافا في المسألة لكنه لم يتعرض لليمين، ورجح في السراجية قول محمد، =

لشهوده، هذا عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -، وقال محمد - رحمه الله تعالى - تقبل؛
لاحتمال النسيان أولاً ثم تذكر ثانياً، والفقهاء رجحوا قول محمد - رحمه الله تعالى -.

سوفي الدرر: قال: لا بينة لي ثم برهن؛ أو لا شهادة ثم شهد، فيه روايتان: في رواية لا تقبل؛ لظاهر
التناقض، وفي رواية تقبل، والأصح القبول، آه.

الفصل الرابع في الاختلاف بين الشهادتين^(١)

١٣٩- المادة: المشهود به إما أن يكون قولاً محضاً كالبيع والإقرار والإبراء، أو قولاً ملحقاً بالفعل كالنكاح؛ لأنه وإن كان عبارة عن الإيجاب والقبول، وهما قولان إلا أنه يشترط فيه حضور الشاهدين، وهو فعل، فألحق بالفعل، أو يكون فعلاً محضاً كالجناية والغصب، أو يكون فعلاً ملحقاً بالقول كالقرض؛ لأنه لا يتم إلا بالتسليم وهو فعل لكنه محمول على قول المقرض: أقرضتك وهو قول فصار كالقول، والاختلاف فيها إما أن يكون في الإنشاء والإقرار بأن شهد أحدهما: أنه أنشأ البيع، وقال الآخر: إنه أقر أنه باع، أو في الزمان بأن شهد أحدهما: أنه منذ شهر، والآخر أنه باع من شهرين، أو في المكان بأن شهد أحدهما: أنه باع في الكوفة، والآخر أنه باع في البصرة، فهذه الاختلافات في القول المحض كالأقارب، أو في الفعل الملحق بالقول لا تضر في صحة الشهادة؛ لأن القول مما يعاد ويكرر ومما يستوي فيه لفظ الإنشاء والإقرار؛ لأن المنشئ ما يقول إلا بعت، والمقر يقول أيضاً: بعت، فتقبل شهادتهما، وإن كانت الاختلافات المذكورة في الآخرين: أعني ما هو فعل محض كالغصب والقتل والسرقة وشرب الخمر وما أشبه ذلك أو في قول ملحق بالفعل

(١) يشترط في قبول الشهادة تطابق شهادة الشهود في المشهود به؛ لأنه إذا لم تتفق شهادة الشهود في المشهود به فلا يكمل نصاب الشهادة وينفرد كل شاهد بنوع من الإخبار بالمشهود به والحال أنه لا يحكم بشهادة الشاهد الواحد، تفصيل التطابق: إن التطابق عند الإمام يكون بتطابق لفظ كل من الشهادتين في المعنى الواحد، ولا يكفي التطابق بالدلالة، وأما عند الإمامين فيكفي الدلالة بالتضمن، مثلاً لو ادعى المدعي ألفين ومائة درهم، وشهد أحد الشاهدين بألفين ومائة درهم، وشهد الشاهد الآخر بألف ومائة درهم، فتقبل شهادتهما عند الإمامين بحق الألف ومائة درهم؛ لأن الشهود متفقون في الأقل ونصاب الشهادة حاصل، وإن الزبلي قد عد قول الإمام الأعظم هو الراجح، وقد أفتى شيخ الإسلام بقول الإمام إلا أن صدر الشريعة قال: إن قول الإمامين أظهر، ولا يوجد في المجلة صراحة تدل على ترجيح أحد هذين المذهبين. (درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ٤٢٢-٤٢٤).

كالكاح لم تقبل الشهادة؛ لأن الفعل في زمان أو مكان غيره في زمان ومكان آخر، فلو شهد أحدهما بغصب والآخر بالإقرار به، أو شهد أحدهما بغصب في الكوفة والآخر بغصب في البصرة لا تقبل.

١٤٠- المادة: وأما الاختلاف بين الشاهدين في آلة الفعل فإنه يضر إذا كانت الشهادة بالفعل، مثلاً شهد أحدهما: أنه قتله بسكين، وشهد الآخر: أنه قتله بسيف لم تقبل؛ لأن باختلاف الآلة يختلف الفعل، وإن شهد أحدهما: أنه أقر بقتله عمداً بسيف، وشهد الآخر: بأنه أقر بقتله بسكين تقبل ويقتصر عنه؛ لأن القتل وإن كان لا يتكرر إلا أن الإقرار به يتكرر. (الأصول القضائية).

١٤١- المادة: الأصل أن الشهادة على النفي لا تقبل^(١)؛ لأن الشهادة تنبئ عن المشاهدة المترتب عليها العلم بالمشهود به إلا أنها تقبل في صور مخصوصة:
الأولى: إذا كان النفي معلوماً بالتواتر مثلاً إن فلاناً لم يكن في هذه البلد وقت كذا أو إن زيداً لم يقتل عمراً بالأمس.

والثانية: أن يكون النفي معلوماً بالظن الغالب كالشهادة على التفليس بأنه ليس له مال، والشهادة على حصر الورثة وأنه ليس له وارث غيره.

والثالثة: النفي إذا وقع في الشرط فيجوز إثباته بالبينه كقول الرجل: إن لم أدخل الدار اليوم فهي طالق أو فهو حر، فشهدا على نفي الدخول تقبل (معين الأحكام)^(٢)، وبالجملة

(١) أصله: أن الإشهاد شرع للإثبات لا للنفي، واليمين للنفي؛ لأن الشهادة على النفي لا تتصور؛ حيث يجب أن يكون الشاهد مصاحباً للمراد نفي الحكم عنه، دون أن يغيب عنه طرفة عين وهذا مستحيل.

(٢) عبارة معين الأحكام هكذا: قال القرافي: اشتهر على السنة الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة، وفيه تفصيل؛ فإن النفي قد يكون معلوماً بالضرورة، أو بالظن الغالب الناشئ عن الفحص، وقد يعرى عنهما، فهذه ثلاثة أقسام: =

النفي إذا كان متواتراً أو متضمناً للإثبات كما أن الدخول في الدار مثبت للطلاق، أو يكون النفي في ضمن إثبات كنفى سائر الورثة في ضمن إثبات توريثه يجوز إقامة البينة عليها وإلا فلا.

=القسم الأول: تجوز الشهادة به اتفاقاً، كما لو شهد: أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه فرس ونحوه؛ فإنه يقطع بذلك، وكذلك يجوز أن يشهد: أن زيدا لم يقتل عمرا بالأمس؛ لأنه كان عنده في البيت لم يفارقه، وأنه لم يسافر؛ لأنه رآه في البلد، فهذه شهادة صحيحة بالنفي.

الثاني: تجوز الشهادة به أعني بالنفي مستنداً إلى الظن الغالب، وذلك في صور: منها: التفليس؛ فإن الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب؛ لأنه يجوز عقلاً حصول المال للمفلس وهو يكتمه، ومنها: الشهادة على حصر الورثة وأنه ليس له وارث غير هذا، فمستند الشاهد الظن، وقد يكون له وارث لم يطلع عليه، فهي شهادة على النفي مقبولة.

الثالث: ما عرى عنهما، مثل أن يشهد: أن زيدا لم يوف الدين الذي عليه، أو ما باع سلعته ونحو ذلك، فهذا نفي غير منضبط، وإنما تجوز الشهادة على النفي المنضبط قطعاً أو ظناً، انتهى. (الباب التاسع عشر القضاء بشهادة النفي من القسم الثاني في أنواع البيئات).

الفصل الخامس في الحكم بشهادة غير العدول للضرورة

١٤٢- المادة: قال القرافي في باب السياسة: نص بعض العلماء على أن إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم ويلزم ذلك في القضاة وغيرهم؛ لئلا تضيق المصالح، وما أظن أحداً يخالف في هذا؛ فإن التكليف بشرط الإمكان، وهذا كله للضرورة؛ لئلا تهدر الأموال وتضيع الحقوق، وقال بعضهم: وإذا كان الناس فاسقاً إلا القليل النادر قبلت شهادة بعضهم على بعض ويحكم بشهادة الأمثل فالأمثل من الفاسق، هذا هو الصواب الذي عليه العمل، قال ابن القيم: والصواب المقطوع به أن العدالة تتبع، فيكون الرجل عدلاً في شيء وفاسقاً في شيء آخر، فإذا تبين للحاكم أنه فيما يشهد به عدل قبلت شهادته ولم يضره فسقه ^(١) وأصل هذا ما وقع في المحيط والقنية: إذا كان الرجل يشرب سراً وهو ذو مروءة فللقاضي أن يقبل شهادته. (معين الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي الحنفي) ^(٢).

^(١) لأن الله تعالى لم يأمر برد خبر الفاسق، فلا يجوز رده مطلقاً بل يثبت فيه حتى يتبين صدقه من كذبه فيعمل على ما تبين وفسقه عليه، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - استأجر هادياً يده له على طريق المدينة وهو مشرك على دين قومه، ولكن لما وثق بقوله أمه ودفع إليه راحلته وقبل دلالته.

^(٢) معين الأحكام الباب الثاني والعشرون القضاء بشهادة غير العدول للضرورة من القسم الثاني في أنواع البينات.

الباب الرابع في تعارض البيئات

الفصل الأول

١٤٣- المادة: البيئتان إذا قامتا فإما أن تساويتا في القبول، أو تساويتا في السقوط، أو ترجحت إحدهما على الأخرى^(١)، مثال التساوي في القبول كما في الكنز: برهنا على ما في يد الآخر قضي لهما^(٢)، ومثال الساقط والتهاتر كما في الكنز: لو برهنا على نكاح امرأة

^(١) خلاصة هذا الفصل أنه إذا أقام كل من طرفي الدعوى بيئة مقبولة فإن أمكن العمل بهما فعلى القاضي أن يحكم بموجبهما كما في المثال المذكور في كلام المصنف، وإن لم يمكن العمل بهما فالعمل بالبيئة الراجحة، والترجيح يكون بأمور:

أحدها: التواتر بأن تكون بيئة أحدهما متواترة فتترجح على بيئة الآخر.

والثاني: كثرة الإثبات كما إذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من واحد وأقاما البيئة فبيئة الشراء راجحة؛ لكونه معاوضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب، فكانت بيئة الشراء مثبتة لأكثر فكانت أولى، كذا في فتح القدير.

والثالث: أن البيئة الناقلة راجحة على المستصحية، فلو شهدت شهود أحدهما أن هذه الدار لفلان الذي بناها قبل سنتين، وشهد شهود الآخر أنها اشتراها من المدعي بعد ذلك رجحت هذه الشهادة؛ لأنها بيئة ناقلة علمت ما لم تعلمه البيئة الأولى المستصحية.

والرابع: أن بيئة من تاريخه مقدم أولى كما في المجلة المادة - ١٧٦ -؛ لأن صاحب التاريخ المقدم يكون قد أثبت أنه يملك قبل الآخر، فإذا لم يثبت صاحب التاريخ المؤخر تلقي الملك عن صاحب التاريخ المقدم فلا يتملك الملك، وللترجيح وجوه متعددة مذكورة في كتب الفقه متشعبة كما قال المصنف - رحمه الله تعالى -، وأما إذا تعذر العمل بهما مع عدم الترجيح فيما بينهما تهاترتا ولم يعمل بهما جميعاً، وتفصيل صور تعارض البيئات في شرحي المجلة للأتاسي وعلي حيدر في توضيح المادة - ١٧٥٦ - إلى - ١٧٦٨ - فليراجع إليهما.

^(٢) في البحر: يعني إذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكر سبب الملك ولا تاريخه قضي بالعين بينهما لعدم الأولوية آه.

سقطاً^(١)، قال أبو مسعود: لأن المحل لا يقبل الاشتراك، وكما في الهداية: أقام كل واحد من الخارج وذو اليد على الشراء من الآخر ولا تاريخ تهاترت البيتان وترك الدار في ذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى -^(٢).

وإن ترجحت يحكم براجحة وترد المرجوحة لكن الفرق بينهما من أهم مسائل القضاء؛ لأن هذه المسائل منتشرة في حجب ضخام الكتب مستترة في سر ونبذة منها ملتقطاً من كتاب ملجاء القضاء لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي، وكتاب ترجيح البيئات لعبد الرحمن النخصالي وكتاب الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة للفاضل محمود بن حمزة مفتي دمشق الشام وغيرها مع ذكر مأخذها من كتب الحنفية في كل مسألة.

الفصل الثاني في أحكام النكاح^(٣)

١٤٤- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة مقرة بلا تاريخ راجحة على بينة خارج آخر على نكاحها منكراً بلا تاريخ. (الهندية).

^(١) تمام عبارة الكنز: وهي لمن صدقت أو سبقت بيته، وفي البحر: يعني لو أقام اثنان بينة على أن هذه المرأة زوجته تهاترت البيتان؛ لتعذر القضاء بهما؛ إذ النكاح لا يقبل الاشتراك، وهي زوجة لمن صدقته منهما؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقها، فيجب اعتبار قولها: إن أحدهما زوجها، أو أسبقهما نكاحاً إلا إذا كانت في بيت أحدهما، أو دخل بها أحدهما، فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها؛ لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى؛ لأن الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه، آه.

^(٢) تمام عبارة الهداية: وعلى قول محمد يقضي بالبيتين ويكون للخارج؛ لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار؛ لأن القبض دلالة السبق على ما مر، ولا يعكس الأمر؛ لأن البيع قبل القبض لا يجوز، آه.

^(٣) مسائل هذا الفصل مأخوذة من جواهر الروايات ص ٤٦، فليراجع إليه.

- ١٤٥- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة مقرة بتاريخ راجحة على بينة خارج آخر على نكاحها منكراً بهذا التاريخ. (الهندية).
- ١٤٦- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة مقرة بتاريخ سابق راجحة على بينة خارج آخر على نكاحها منكراً بتاريخ لا حق. (الهندية).
- ١٤٧- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة مقرة بتاريخ سابق راجحة على بينة خارج آخر مقرة بتاريخ لا حق. (الهندية).
- ١٤٨- المادة: بينة ذي اليد على نكاح امرأة بتاريخ راجحة على بينة خارج على نكاحها بلا تاريخ. (الهندية).
- ١٤٩- المادة: بينة ذي اليد على نكاح امرأة بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على نكاحها بلا تاريخ. (الهندية).
- ١٥٠- المادة: بينة ذي اليد على نكاح امرأة مقرة بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على نكاحها بلا تاريخ. (الهندية).
- ١٥١- المادة: بينة ذي اليد على نكاح امرأة بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على نكاحها بلا تاريخ. (الهندية).
- ١٥٢- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة بتاريخ سابق راجحة على بينة الخارج على نكاحها بتاريخ لا حق. (الهندية).
- ١٥٣- المادة: بينة الخارج على النكاح والدخول بها مقرة راجحة على بينة الخارج على النكاح والدخول بها منكراً. (الهندية).
- ١٥٤- المادة: بينة ذي اليد على النكاح الظاهر راجحة على بينة الخارج كيف ما كان إلا بسبق التاريخ. (الهندية).

١٥٥- المادة: بينة أحد الزوجين على فساد النكاح راجحة على بينة الآخر على صحة

النكاح. (التنقيح).

١٥٦- المادة: بينة البكر على ردها النكاح راجحة على بينة الزوج على سكوتها.

(التنقيح).

١٥٧- المادة: بينة الزوج على إجازتها النكاح راجحة على بينة الزوجة على ردها

النكاح. (التنقيح).

١٥٨- المادة: بينة الزوجة على أن أباه زوجها بالغة ولم ترض راجحة على بينة الزوج

على أن أباه زوجها صغيرة. (التنقيح).

١٥٩- المادة: بينة الزوج على الإبراء من المهر راجحة على بينة الزوجة على الإقرار به

إلى الآن. (التنقيح).

١٦٠- المادة: بينة الزوج على أنها أجازت لما بلغها الخبر راجحة على بينة الزوجة على

أنها ردت النكاح لما بلغها. (الأنقروية).

١٦١- المادة: بينتها على أن ما أرسله الزوج هدية راجحة على بينة الزوج على أنه من

المهر. (التنقيح).

١٦٢- المادة: بينة الزوجة على أنها ردت النكاح لما بلغها الخبر راجحة على بينة

الزوج على أنها سكنت لما بلغها. (الأنقروية).

١٦٣- المادة: بينة المرأة على أن المهر ألفان راجحة على بينة الزوج على أن المهر

ألف. (الخانية).

مسائل النفقات

١٦٤- المادة: بينها على أن المفروض مائة نفقة راجحة على بينة الزوج على أن المفروض خمسون. (التنقيح).

١٦٥- المادة: بينة المرأة على أن الزوج موسر عليه نفقة اليسار راجحة على بينة الزوج على أنه معسر. (غاليم).

مسائل الوقف

١٦٦- المادة: بينة كون الوقف فاسد الشرط راجحة على بينة كون الوقف صحيحاً. (التنقيح).

١٦٧- المادة: بينة تقييد الوقف راجحة على بينة إطلاق الوقف. (التنقيح).

١٦٨- المادة: بينة خارج على أن العمارة التي في أرض الوقف ملكه راجحة على بينة المتولي على أن العمارة للوقف. (التنقيح).

١٦٩- المادة: بينة ذي اليد على أن الدار وقف علي بتاريخ سابق راجحة على بينة القيم على أنها وقف بتاريخ لا حق.

١٧٠- المادة: بينة الخارج على الملك المطلق راجحة على بينة ذي اليد المتولي على أنه وقف.

مسائل البيوع

١٧١- المادة: بينة الخارج على الشراء بتاريخ سابق راجحة على بينة خارج على الشراء بتاريخ لا حق. (المجلة).

١٧٢- المادة: بينة البائع على زيادة الثمن راجحة على بينة المشتري على نقص الثمن. (المجلة).

- ١٧٣- المادة: بينة المشتري على زيادة المبيع راجحة على بينة البائع على نقص المبيع. (المجلة).
- ١٧٤- المادة: بينة البائع تلجنة راجحة على بينة المشتري على البتات. (فتاوى على أفندي).
- ١٧٥- المادة: بينة بيع الوفاء راجحة على بينة بيع البتات. (تنقيح الفتاوى الحامدية).
- ١٧٦- المادة: بينة المشتري على الإقالة راجحة على بينة البائع على البيع. (التنقيح).
- ١٧٧- المادة: بينة المشتري على إجازة المالك بيع الفضولي راجحة على بينة المالك على رد البيع. (التنقيح).
- ١٧٨- المادة: بينة هلاك المبيع عند المشتري راجحة على بينة هلاكه عند البائع. (التنقيح).
- ١٧٩- المادة: بينة خارج على شراء من رجل بتاريخ راجحة على بينة شرائها من رجل بلا تاريخ. (ميزان المتداعيين).
- ١٨٠- المادة: بينة خارج على الشراء من زيد وقبض بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على الشراء من زيد بلا تاريخ. (الميزان).
- ١٨١- المادة: بينة ذي اليد على الشراء من زيد وقبض بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على الشراء من زيد وقبض بلا تاريخ. (الميزان).
- ١٨٢- المادة: بينة الخارج على الشراء من رجل بتاريخ راجحة على بينة ذي اليد على الشراء من رجل آخر بذلك التاريخ. (الميزان).

مسائل السلم

١٨٣- المادة: بينة رب السلم في قدر المسلم فيه أو جنسه أو صفته راجحة على بينة المسلم إليه. (التنقيح).

مسائل الشهادات

١٨٤- المادة: بينة التواتر في نفي من المدعي عليه أو التواتر في الحدود نفيًا أو في النكاح أو الطلاق أو القصاص نفيًا راجحة على بينة المدعي إثباتًا.

١٨٥- المادة: بينة مدعي خلاف الظاهر، أو مدعي ما يشهد له الحس، أو مدعي الحدوث، (البزازية) أو مدعي العقل، أو مدعي الإكراه راجحة على مدعي موافقة الظاهر، أو مدعي ما يكذبه الحس، أو مدعي الجنون والعتة، أو مدعي الطوع. (المجلة).

١٨٦- المادة: بينة مدعي الصحة، أو مدعي الخصوص، أو مدعي الأمر العارض، أو مدعي اليسار راجحة على مدعي المرض، أو مدعي العموم، أو مدعي استصحاب الحال، أو مدعي الإعسار. (التنقيح).

١٨٧- المادة: بينة مدعي موت الموروث راجحة على بينة مدعي حياته. (قاضينخان).

١٨٨- المادة: بينة مدعي البيع راجحة على بينة مدعي الرهن أو الهبة أو الإجارة. (المجلة).

١٨٩- المادة: بينة مدعي جرح الشهود لأجل الفسق أو العداوة الدنيوية أو سائر ما يرد به شهادة الشاهد راجحة على بينة تعديل الشهود. (الطريقة الواضحة).

١٩٠- المادة: بينة الخارج على الملك المطلق راجحة على بينة ذي اليد على الشراء أو الإرث. (ميزان المتداعيين).

المتفرقات

١٩١- المادة: إن ادعى ملكاً مطلقاً: فإما أن يكون العين المدعاة في يد أحدهما، أو في يدهما، أو في يد ثالث، فإن كان في يد أحدهما فإن أرخا سواء، أو لم يورخا فهو للخارج، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما، وإن أرخ أحدهما دون الآخر فعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - يقضي للمورخ وعند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - يقضي للخارج ولا عبرة بالوقت، وإن كان في يدهما أو في يد ثالث فإن لم يورخا أو أرخا تاريخاً واحداً وبرهنا يقضي بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو للأسبق ثم لا يقضي بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه، ولو أرخ أحدهما لا الآخر فعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا عبرة بالتاريخ ويقضي بينهما نصفين، وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - للمورخ وعند محمد - رحمه الله تعالى - لمن أطلق، كذا في الثامن من الفصولين ملخصاً نقلاً عن الكافي، وكذا في محيط السرخسي.

١٩٢- المادة: وإذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه فعلاً مع دعوى الملك المطلق بأن ادعى على صاحبه أنه غصبه منه، أو ادعى أنه أعاره منه، أو أودعه منه يقضي العين بينهما؛ لاستوائهما في الدعوى والحجة، وإن ادعى أحدهما فعلاً على صاحبه مما ذكرناه وصاحبه ادعى الملك المطلق لا غير يقضي بينة مدعي الفعل؛ لأن بينته أكثر إثباتاً، كذا في الثالث من دعوى المحيط البرهاني في النوع الأخير. (الفتاوى الأنقروية جلد دوم).

١٩٣- المادة: إن ادعى كل واحد منهما الإرث من أبيه، فإن كان العين في أيديهما أو في يد ثالث فإن لم يورخا أو أرخا تاريخاً واحداً فهو بينهما نصفان، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما عند أبي - حنيفة رحمه الله تعالى - وعند أبي يوسف للأخير، وقال محمد - رحمه الله تعالى - : في رواية أبي حفص كقول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وفي رواية أبي سليمان يقضي بينهما ولا عبرة للتاريخ في الإرث، وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر قضي بينهما نصفين اجماعاً، وإن كان العين في يد أحدهما ولم يورخا أو أرخا تاريخاً واحداً يقضي

للخارج، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو لأسبقهما تاريخاً، وعند محمد - رحمه الله تعالى - للخارج، وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فهو للخارج إجماعاً، وقيل عند أبي يوسف للمورخ، كذا في ما يدعيه الرجلان. (من الكافي ملخصاً).

١٩٤- المادة: وإن ادعى الشراء من واحد والعين في يد البائع ولم يورخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين؛ لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما اتفاقاً بخلاف ما لو ادعى الشراء من رجلين؛ لأنهما يشتان الملك لبائعتهما فالتاريخ بملكه لا يعتد به فيكون بينهما، وإن أرخ أحد دون الآخر فهو للمورخ اتفاقاً؛ لأنه أثبت شراء لنفسه لا ينازعه فيه غيره، وإن كان العين في أيديهما فهو بينهما إلا إذا أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما، وإن كان في يد أحدهما فهو لليد سواء أرخ أو لم يورخ إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى به للخارج، كذا في الثامن من الفصولين.

١٩٥- المادة: وبينه الخارج أولى من بينه ذي اليد في دعوى الملك المطلق بخلاف دعوى النتاج والنكاح، ودعوى الملك بسبب لا يتكرر؛ فإن بينه ذي اليد فيها أولى بالاتفاق، كذا في شرح الكنز للزيلعي في باب دعوى الرجلين ملخصاً.

الفصل الثالث في بيان الأمور التي تقبل فيها الشهادة بالتسامع

١٩٦- المادة: الأصل في الشهادة أن تكون مبنية على معاينة الشاهد بنفسه إلا أن بعض الأشياء مما يتعذر على كثير من الناس مشاهدتها فتقبل فيها الشهادة بالتسامع؛ لئلا تضيع حقوق الناس ^(١) لكن الشهادة بالتسامع إنما تقبل إذا اشتهرت لدى الشاهد بأحد طريقي الشهرة: إما الشهرة حقيقة كالتواتر أو حكمية وهي أن تكون بشهادة عدلين أو عدل وعدلتين، والأمور التي تقبل فيها الشهادة بالتسامع عشرة. ^(٢)

^(١) لأن هذه الأمور تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان، فالشهادة فيها تحل بطريقتين: المعاينة والشهرة، والشهرة تحصل بالتواتر بأن يسمع من قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب، وهي الشهرة الحقيقية ولا يشترط فيها عدالة المخبرين، وبشهادة عدلين أو عدل وعدلتين وهي الشهرة الحكمية، ويشترط فيها أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المخبر عدلاً مقبول الشهادة.

والثاني: أن لا يكون المخبر خصماً أو مدعياً.

والثالث: أن يكون المخبر في نصاب الشهادة يعني رجلاً أو رجل وامرأتان.

والرابع: أن يكون الإخبار للشاهد بلفظ الشهادة، كذا في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام المادة -

(١٦٨٨)

^(٢) في أربعة منها تقبل الشهادة بالتسامع اتفاقاً وهي النسب والنكاح والموت والقضاء كما في معين الأحكام في الباب الرابع عشر من القسم الثاني في أنواع البينات ج ٢ ص ٩٦:

أما الشهادة على النسب أنه لو سمع الناس: أن هذا ابن فلان أو أخوه، أو شهد عنده عدلان أو عدل وعدلتان بذلك جاز له أن يشهد به، قال الإمام الأعظم: لا يجوز الشهادة على النسب بالوقوف عليه بالاشتهار الحكمي، أما عند الإمامين فجائز وهو المفتى به كما في درر الأحكام ج ٤ ص ٣٧٢.

وأما الشهادة على النكاح فتجوز بالشهرة الحقيقية عنده وبالشهرة الحكمية عندهما كما في جامع الرموز للقهستاني ج ٣ ص ٤٢٥ =

=وأما الشهادة بالموت فتجوز بنوعي الشهرة.

وأما الشهادة بالقضاء فتجوز بنوعي الشهرة عندهما وبالحقيقة فقط عنده، وفي المحيط البرهاني. ثم عند أبي يوسف ومحمد يجوز الشهادة بخبر المثنى في النسب والقضاء والنكاح وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر، آه ج ٨ ص ٣٠٣). وفي الشهادة بالتسامع في الأمور الباقية من العشرة اختلاف.

أما في المهر فقال الطحطاوي: وفي البحر عن الظهيرية والبزازية والخزانة: أن في السهر روايتين والأصح الجواز، آه. (شرح المجلة لسليم باز).

وأما في الدخول بالزوجة ففي الخلاصة: لا يشهد بالتسامع في الدخول ولا يثبت إلا بثبوت الخلوة. (جامع الرموز).

وأما في أصل الوقف ففي معين الحكام: الوقف إذا اشتهر أنه وقف فلان على كذا جاز له أن يشهد به في قول وهو المختار؛ لأنه لو لم يجر أدي ذلك إلى استهلاك الأوقاف، آه.

وأما في شرائط الوقف ففي فتح القدير: وذكر في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضاً، آه وفي المحيط البرهاني: ومن المشايخ من قال: تجوز الشهادة على أصل الوقف بالتسامع، أما على شرائط الوقف لا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، وهو الأصح؛ لأن أصله يشتهر، أما شرائطه لا تشتهر، آه والراجح القول؛ لأن شرائط الوقف أيضاً تبقى على ممر الزمان.

وأما العتق ففي المحيط البرهاني: وأما الشهادة بالعتق بالشهرة والتسامع لا تحل عندنا، آه وفي الدر المختار: تحل عند أبي يوسف.

وأما الولاء ففي المحيط البرهاني: فأما الشهادة بالولاء بالشهرة والتسامع لا تحل عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ما لم يعاين عتق المولى، وهو قول أبي يوسف الأول، وعلى قوله الآخر: تحل، وقول محمد مضطرب في بعض الروايات مع أبي حنيفة، وفي بعضها مع أبي يوسف، فأبو يوسف ذهب في ذلك إلى أن الولاء بمنزلة النسب، على ما قال - عليه السلام -: الولاء لحمه كلحمه النسب، آه. (ج ٨ ص ٣٠٥).

١٩٧- المادة: الأول: النسب^(١) فيحل للشاهد أن يشهد به بالتسامع وإن لم يعاين الولادة متى اشتهر عنده بأحد نوعي الشهرة أعني الشهرة الحقيقية كالتواتر أو الحكمة كشهادة عدلين أو عدل وعدلتين، وهذا عند الصاحبين هو الصحيح، وقال الإمام: لا يحل أن يشهد بالنسب إلا إذا اشتهر عنده شهرة حقيقة فقط.

١٩٨- المادة: الثاني: النكاح فيحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه متى اشتهر عنده بأحد نوعي الشهرة هذا عند الصاحبين، وقال الإمام: لا تحل الشهادة إلا إذا اشتهر شهرة حقيقة وهي ما تكون بالتواتر.

١٩٩- المادة: الثالث: المهر وقد اختلف فيه والصحيح أنه يحل للشاهد أن يشهد به بالتسامع؛ لأنه تابع للنكاح فحكمه كحكم النكاح في قبول الشهادة بالتسامع.

٢٠٠- المادة: الرابع: الدخول بالزوجة تحل الشهادة عليه بالتسامع، وعلى هذا مشى المتون والكتب المعتمدة، قيل: لا تحل وإذا أراد أن يثبت الدخول أثبت الخلوة الصحيحة واكتفى بذلك.

٢٠١- المادة: الخامس: أصل الوقف تحل فيه الشهادة بالتسامع، فإن كان الوقف قديماً لم يشترط ذكر واقفه، وإن لم يكن قديماً وجب ذكر واقفه وذكر المصرف أيضاً من أصل الوقف فيجب ذكره.

٢٠٢- المادة: السادس: شرائط الوقف تحل الشهادة على شرائط الوقف بالتسامع على أرجح الأقوال كما في المجتبى ورجحه ابن الهمام.

(١) المراد بالنسب مطلق الوصلة بالقرابة سواء جاز النكاح بينهما كابن العم و بنت العم أو لم يجز كالأب والبنات، كذا في البحر، وفي درر الحكام: لو لم تجز الشهادة بالتسامع على النسب إلا بالمعينة لأصبحت الشهادة على النسب غير جائزة رأساً وأصلاً لأن سبب النسب العلوق ولا يطلع الإنسان على الوطاء فضلاً عن لحوق علمه بالعلوق، آه.

٢٠٣- المادة: السابع: العتق تحل الشهادة بالتسامع في العتق عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - بشرط أن يكون مشهوراً وعند الطرفين لا تحل وهو الأرجح.

٢٠٤- المادة: الثامن: الولاية تحل الشهادة بالتسامع على ولاية القاضي وإن لم يعاين بتوليته، ومثل القضاة في هذا الولاية والوزراء.

٢٠٥- المادة: التاسع: الولاء تحل الشهادة على الولاء بالتسامع عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى -، وقال الإمام - رحمه الله تعالى -: لا تحل ورأي محمد - رحمه الله تعالى - مضطرب، ورأي الإمام هو المعتمد؛ لأن الولاء وإن اشتهر كما اشتهر أن قبراً مولى علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - وأن نافعاً مولى ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - لكنه يمتني على إزالة الملك فلا بد من المعاينة.

٢٠٦- المادة: العاشر: الموت ومثله القتل^(١) فيجوز به الشهادة بالتسامع وإن لم يعاين بشرط الاشتهار لدى الشاهد بإحدى الشهرتين كما مر.

(١) في حاشية جامع الفصولين: هذا بإطلاقه مشكل؛ لترتب القصاص عليها وفيها شبهة فلا يثبت بها ما يندري بالشبهة، ولم أر من أوضحه إلى الآن، وقد ظهر لي أن التشبيه إنما هو في خاص وهو جواز اعتداد المرأة إذا أخبرت بقتله كموته للتزويج وإن كان السياق يخالفه آه (مسألة عجيبة) وهي أنه إذا لم يعاين الموت إلا واحد ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده ما ذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله، فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته فيشهد مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما. (معين الأحكام ج ٢ ص ٩٨، جامع الفصولين ج ١ ص ١٧١).

الفصل الرابع في الشهادة على الشهادة

٢٠٧- المادة: إذا تعذر حضور الشاهد الأصلي لدى القاضي إما بموته أو مرضه أو بكونه غائباً مسيرة ثلاثة أيام أو كون الشاهد الأصلي امرأة مخدرة أو محبوساً تقبل الشهادة على الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص.

الفصل الخامس في كيفية تحميل الشهادة على الشهادة

٢٠٨- المادة: لتحميل الشهادة على الشهادة ثلاث صيغ: طويلة، ووسطى، وصغيرة، فالطويلة أن يقول الشاهد الأصل لشاهد الفرع: اشهد بكذا إني أشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي، والوسطى أن يقول له: اشهد على شهادتي إني أشهد بكذا، والصغيرة أن يقول: اشهد على شهادتي بكذا. ^(١)

شروط التحميل

٢٠٩- المادة: ويشترط لصحة هذا التحميل أربعة أمور: ^(٢)

الأول: أن يقول الأصل للفرع: إشهد على شهادتي؛ لأن الفرع نائب فلا بد من الإنابة. ^(٣)

والثاني: أن يشهد الأصل عند الفرع كما يشهد عند القاضي؛ لأن الفرع ينقل إلى القاضي شهادته كما سمع.

^(١) ففي الأولى خمس شينات وفي الثانية ثلاث شينات وفي الثالثة شينان.

^(٢) وله شرط خامس أيضاً وهو أن لا ينهى الأصل الفرع عن الشهادة بعد الأمر بالشهادة، في معين الأحكام: لو نهى الأصول الفروع عن الشهادة بعد الأمر بعمل بالنهي، آه ويلزم ذكر شهود الفرع حين الشهادة أسماء آباء وأجداد شهود الأصل، فلذلك لو شهد شهود الفرع بدون ذكرهم فلا تقبل؛ لأنهم تحمّلوا مجازفة لا عن معرفة، كذا في درر الأحكام.

^(٣) فلو قال الأصل للفروع: اشهدوا على شهادتي فسمعه رجل آخر لم يجر له أن يشهد على شهادته؛ لأن الإنابة شرط ولم يوجد.

والثالث: أن لا يرد الفرع هذا التحميل صراحة، فإن قال: لا أقبل، لا يكون شاهداً، وإن قبل أو سكت صح التحميل.

والرابع: لا بد أن يشهد كل من شاهدي الفرع على كل من شاهدي الأصل^(١) لا أن يشهد واحد على واحد. (كنز، الأصول القضائية).

^(١) لأنه لا بد من شهادة الاثنين على شهادة كل من شاهدي الأصل، وكذا يجوز أن يشهد اثنان على شهادة هذا وآخران على شهادة آخر، ولو شهدا على شهادة رجل واحدهما يشهد بنفسه أيضاً لا يجوز؛ لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الغائب غير مقبولة؛ لأنها لو قبلت أدت إلى أن يثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق، نصف الحق بشهادته وحده، وربع الحق بشهادته مع آخر على شهادة آخر، ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق؛ لأنها شطر الحجة، فبقي على شهادة الأصل الغائب شاهد واحد فلا يثبت شهادة الأصل الغائب. (معين الحكام).

(تمة): كيفية الأداء من الفروع أن يقول الفرع عند الحاكم: شهد فلان بن فلان على إقرار فلان بن فلان بكذا، وأشهدني على شهادته، وأمرني أن أشهد على شهادته، وأنا أشهد على شهادته. (معين الحكام).

الفصل السادس في تزكية الشهود

٢١٠- المادة: شهد الشهود أمام القاضي، فإما أن يعرفهم القاضي بالعدالة فيحكم بهذه الشهادة من غير حاجة إلى السؤال عنهم اتفاقاً، وإما أن يعرفهم القاضي بفسق فلا تقبل شهادتهم بالاتفاق، وإما أن يجهل حالهم، فإما أن يطعن الخصم فيهم بطعن مفسق أو لا يطعن، فإن طعن وأثبت طعنه وجب رد شهادتهم بالاتفاق، وإن لم يثبت طعنه وجب السؤال عنهم بالاتفاق، فإن ثبت عدالتهم قبلت شهادتهم، وإن جرحوا ردت شهادتهم، وإن لم يطعن الخصم فإن كان حداً أو قصاصاً وجب السؤال عن الشهود قبل الحكم اتفاقاً، وإن كان غيرهما ففيه خلاف قال الإمام -رحمه الله تعالى-: لا يجب السؤال اكتفاءً بظاهر العدالة، وقال أصحابه -رحمهما الله تعالى- يجب السؤال، وقول الصاحبين هو المعتمد والمفتى به، والاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حجة وبرهان؛ لأن زمن أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- زمن الصلاح والتقوى فلما كثر الكذب والفساد في زمن الصاحبين أوجبا السؤال.

الجرح على الشهود^(١)

٢١١- المادة: الجرح على قسمين: مجرد، ومركب، الجرح المجرد ما يتضمن تفسيق الشهود من غير أن يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو العبد، نحو أن يطعن عليهم بانهم فسقة أو آكلة ربوا أو زناة أو شرية خمر^(٢) أو أنهم أقروا: أنهم شهدوا بالزور، أو أنهم أجروا في هذه الشهادة، أو أنهم أقروا أن المدعي مبطل في دعواه، أو نحو ذلك فإذا طعن عليهم بمثل هذا أو أراد أن يقيم الشهادة على ذلك لم تقبل منه، وإن كان طعنه هذا يوجب

(١) اعلم أن طعن المشهود عليه في الشهود نوعان، أحدهما طعن يمنع من قبول الشهادة بلا إخلال في عدالة الشهود، والثاني طعن يمنع من قبولها ويخل بعدالة الشهود، ويسمى هذا جرحاً لأن الجرح في اصطلاح الفقهاء إظهار فسق الشاهد، فالنوع الأول تقبل الشهادة عليه وإن كان لا يدخل تحت حكم الحاكم لأنه ليس فيه إظهار الفاحشة كأن يقول الشاهد هو والد المدعي أو ولده مثلاً، وأما النوع الثاني فهو على قسمين جرح مجرد وجرح مركب فحكمه أنه إذا أخبر الخصم المشهود عليه القاضي سرا به وأثبت سرا وأقام الشهود على ذلك فيقبل القاضي هذا الإثبات ويرد شهادة الشهود سواء قبل التعديل والتزكية أو بعدها، وأما إذا أخبره علناً وأراد إثبات ذلك بالشهود فعلى قول لا يقبل لا قبل التعديل والتزكية ولا بعدها؛ لأن الفسق المجرد لا يدخل تحت الحكم لأن الحكم إلزام وليس في وسع القاضي إلزام الفسق لأحد لتمكنه في رفعه في الحال بالتوبة، ومع ذلك يوجب هتك الأسرار وإشاعة الفاحشة بسبب الجرح وإقامة الشهود على ذلك علناً وهذا محرم بلا ضرورة وليس في ذلك ضرورة؛ لأن للمشهود عليه أن يخبر ذلك سرا للقاضي وأن يثبت سرا فيرد شهادة الشهود، وأما الجرح المركب فحكمه أن الشهادة عليه سواء كانت قبل التعديل أو بعده تقبل وإن كان فيها إشاعة الفاحشة لأن فيه حقاً لله تعالى أو للعبد لمست الحاجة لإحيائه، وترتب على قبولها لإحيائه رد شهادتهم ولهذا سمي جرحاً مركباً حيث ترتب على القبول شيان إحياء الحق ورد الشهادة، هذا خلاصة شرحي المجلة لعلي حيدر والأتاسي في توضيح المادة - ١٧٢٤).

(٢) يعني يقول المشهود عليه إن الشهود قد اعتادوا الزنا أو شرب الخمر، وأما إذا قال إنهم زنوا أو شربوا الخمر ولم يتقدم العهد فهو من الجرح المركب.

على القاضي السؤال عنهم، ووجه عدم قبول هذه البينة أن البينة تقام على ما يدخل تحت حكم الحاكم وهذه البينة مثبت للفسق والفسق لا يدخل تحت الحكم؛ لأن الشهود يمكنهم أن يدفعوه بالتوبة.

٢١٢- المادة: والجرح المركب هو ما يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو العبد، نحو أن يطعن المدعى عليه بأنهم زنوا، أو شربوا الخمر، أو سرقوا منه كذا ولم يتقادم العهد، أو أحدهم شريك المدعي والمدعى مال، أو أحدهم قاذف والمقذوف يدعيه أو نحو ذلك، فإذا أطعن الخصم من هذا القبيل وأراد أن يقيم البينة قبل منه؛ أحياء للحق المتضمن، فإن أثبت طعنه ردت شهادتهم، وإن لم يثبت سأل عنهم القاضي إجماعاً، وحكم متى ظهرت العدالة.

الفصل السابع في كيفية السؤال عن حال الشهود

السؤال السري

٢١٣-المادة: إذا أراد القاضي أن يسأل عن حال الشهود سراً اختار من يثق به ممن يعرف حال الشهود وكتب إليه رقعة مشتملة على اسم الشاهد ونسبه حتى يعرفه المزكي تمام المعرفة وبعث بها إليه مختومة مستورة عن أعين الناس، وهذه تسمى المستورة^(١)، فإذا وصلت إلى المزكي وقرأها فإن كان يعرف الشاهد بالعدالة كتب فيها أمام اسمه هو عدل جازر الشهادة، وإن لم يعرفه بشيء كتب هو مستور، وإن عرفه بفسق سكت أو كتب: الله

(١) إنما سميت مستورة؛ لكونها سترت عن أعين الناس، وقد أحدث التزكية السرية القاضي شريح الذي خدم القضاء سبعين عاماً أفتى العلماء بذلك وقد قيل له: أحدثت يا أبا أمية فأجاب: أحدثت فأحدثت، ويضع القاضي تلك الورقة في داخل غلاف ويختتمها ويرسلها إلى المنتخبين للتزكية، وعند ورودها إليهم يفتحونها ويقرءونها، فإن كان الشهود المحررة أسماؤهم فيها عدولاً كتبوا تحت اسم كل منهم عبارة أنه عدل ومقبول الشهادة، أو عدل وجازر الشهادة، فتحصل التزكية بالاتفاق. أما إذا كتب المزكون كلمة عدل فقط ولم يذكروا عبارة مقبول الشهادة فقد اختلف في ذلك: فعند بعض العلماء يحصل التعديل والتزكية بذلك اللفظ، وقد قال الزيلعي أيضاً بذلك، وقال بعضهم الآخر: بأنه لا تحصل التزكية بذلك اللفظ، وقد قال السرخسي والبحر بذلك؛ لأنه إذا كان الشاهد عدلاً لا يلزم كونه مقبول الشهادة؛ حيث إن المحدود بالقذف يكون عدلاً بعد التوبة إلا أن شهادته غير مقبولة، أما إذا كان الشاهد عدلاً ومقبول الشهادة في نظر المزكي إلا أنه يعلم أن دعوى المدعي باطلة أو أن الشهود متوهمون في بعض الشهادة فاللائق بالمزكي أن يخبر القاضي بذلك بأن يقول: إن الشهود عدول ومقبولو الشهادة إلا أن المدعي مبطل في دعواه أو أن الشهود متوهمون في قسم من شهاداتهم، وعلى ذلك يفحص القاضي هذا الخبر بزيادة فإذا تبين له صحته يرد القاضي الشهود ولا فيقبلهم. (درر الحكام المادة - ١٧١٨).

تعالى أعلم، ولا يكتب الجرح تحريزاً عن هتك حرمة المسلم إلا إذا خاف أن يعدله غيره^(١)، ثم يختم الورقة ويبعث بها إلى القاضي. (الأصول القضائية).

السؤال الجهري

٢١٤- المادة: متى فرغ القاضي من التزكية السرية شرع في التزكية العلنية^(٢)، وهي أن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد ثم يسأل المزكي عن الشاهد، فإذا قال: عدل مقبول الشهادة فقد زكاه، ولا يحل للمزكي تعديله إلا إذا اجتمعت فيه شروط ثمانية:

١- أن يعرفه ويختبره بشركة أو معاملة أو سفر.

٢- أن يعرفه أنه ملازم الجماعة.

٣- أن يكون معروفاً بصحة المعاملة في الدراهم.

٤- أن يكون مؤدياً للأمانة.

٥- أن يكون صدوق اللسان.

^(١) يعني إذا كان الشاهد غير عدل وخاف المزكي من تزكيته من طرف آخر ومن حكم القاضي بناء على شهادته فله أن يصرح بفسقه.

^(٢) فتزكية السر مقدمة على العلانية، في البحر: لا بد من تقديم تزكية السر على العلانية؛ لما في الملتقط عن أبي يوسف لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى في السر اهـ (ج ٧ ص ٦٦) واختلف العلماء في أن المزكي في العلانية غير المزكي في السر أو لا، فشرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر، وعبرة العناية والكفاية والفتح والزيلعي ظاهر في كون المزكي في العلانية هو المزكي في السر؛ فإن عبارتهم هكذا ويقول القاضي للمعدل: أهذا الذي عدلته؟ أو ما شاكله، وقال الآتاسي في شرح المجلة: فالأحوط الجمع بين الأمرين، ثم قال: وقد رأينا القضاة اليوم يطلبون التزكية العلنية ممن يكون حاضراً لديهم في المحكمة سواء كانوا أهلاً للتزكية أولاً، عارفين بأحوال من يزكونه أولاً، فيزكي أولئك الجهلة الشهود على علانيتهم، ويعدون ذلك قرينة كتزكية الميت ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. (شرح المجلة للآتاسي ج ٥ ص ٣٤١).

٦- أن يكون مجتنباً للكبائر.

٧- أن يعلم منه أنه غير مصر على الصغائر.

٨- أن تكون الشهادة عند قاض عدل عالم. ^(١) (الأصول القضائية).

٢١٥- المادة: تزكى الشهود من جانب الذي ينسبون إليه: يعني إن كانوا من طلبة العلم يزكون من مدرس المدرسة، وإن كانوا من العسكرية فمن يولي أمرها، وإن كانوا من التجار فمن معتبري التجار وهكذا. (المجلة). ^(٢)

^(١) يعني إذا كان المزكي عالم أن القاضي عدل عالم يحكم بعدل فلا يجوز له الإمساك عن الإخبار بحال الشاهد، وإلا فيجوز له الإمساك عنه، في معين الحكام: إذا كان المسئول عن الشاهد عرفه بعدالة لا يمسك عن الإخبار بما فيه إذا كان القاضي عدلاً، وإن كان جائراً أو جاهلاً فلا بأس بأن يمسك؛ لأنه إذا عدله ربما يقضي بجور أو جهل. (ج ١ ص ٤٧٤).

^(٢) المجلة المادة - ١٧١٧ - ويزكى من هذا الجانب؛ لأنه يجب أن يكون المزكون واقفين على أحوال الشهود، ومهما كثر اختلاطهم بالشهود يكون وقفهم على أحوالهم أزيد، فلذلك يجب على القاضي في خصوص تزكية الشهود أن يختار من كان خبيراً بأحوال الناس وكثير الاختلاط بهم. ويشترط في المزكي بضعة شروط:

١- أن يكون المزكي عدلاً وعارفاً بالأحوال الموجبة للجرح وعدمها وغير طماع وغير فقير حتى لا ينخدع بالمال.

٢- ألا يكون عداوة بين الشاهد وبين الجهة المنسوب إليها الشاهد، فعليه إذا وجدت عداوة ظاهرة بين الشاهد وبين المزكي فلا يجوز سؤال ذلك المزكي عن أحوال الشاهد.

٣- يلزم عند بعض الفقهاء ألا يكون المزكي الشاهد الآخر فلذلك إذا شهد اثنان في دعوى وكان أحدهما معروفاً بالعدالة والآخر مجهولاً فإذا روى الشاهد المعروف بالعدالة رفيقه الشاهد فلا تقبل؛ لأن الشاهد متهم في تعديل الشاهد الآخر؛ لاحتمال قصده من ذلك ترويع شهادته. (درر الحكام المادة - ١٧١٧).

- ٢١٦- المادة: إذا عدل بعض المزمكين الشهود، وجرحهم بعضهم لم يحكم الحاكم بشهادة أولئك الشهود؛ لأنه يرجح طرف الجرح. ^(١)
- ٢١٧- المادة: إذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهادة في المعاملات، فللحاكم أن يزكيهم ويحكم بشهادتهم. (من المحل المذبور). ^(٢)

- ^(١) المجلة المادة - ١٧٢٥ - هذا إذا كان الجرح اثنين والمعدل اثنين أو أكثر أو كان كل منهما واحداً ولم يكن بين الجرح والشاهد تعصب فهنا صور:
- ١- إذا كان الجرح واحداً والمعدل واحداً يرجح طرف الجرح.
 - ٢- إذا عدل اثنان وجرح اثنان يرجح طرف الجرح.
 - ٣- إذا جرح اثنان وعدل أكثر من اثنين كان الجرح أولى؛ لأن قول الاثنين يساوي الجماعة في الشهادة فكذا في التعديل.
 - ٤- إذا كان الجرح واحد والمعدل اثنين كان التعديل أولى؛ لأن قول الاثنين حجة مطلقة في الأحكام كلها بخلاف قول الواحد.
 - ٥- إذا ساوى الجرح والمعدل لكن كان بين الجرح والشاهد تعصب كان التعديل أولى؛ لأن أصل الشهادة لا تقبل عند التعصب فالجرح أولى، أنظر شرح المجلة للآتاسي المادة - ١٧٢٥.
- ^(٢) المجلة المادة - ١٧٢٦ - هذا بخلاف ما إذا طرأ على الشهود بعد أدائهم الشهادة عَمَى أو خرس أو فسق؛ لأن قيام الأهلية حين القضاء شرط لصحته.

الفصل الثامن في تحليف الشهود^(١)

(١) اختلف أقوال الفقهاء في تحليف الشهود: في الأشباه والنظائر لابن نجيم: وفي التهذيب: وفي زماننا لما تعدت التزكية بغلبة الفسق اختار القضاة استحلاف الشهود، كما اختاره ابن أبي ليلى لحصول غلبة الظن (انتهى). وفي مناقب الكردي في باب أبي يوسف - رحمه الله تعالى -: اعلم أن تحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ، والعمل بالمنسوخ، حرام، وقد ذكر في فتاوى القاعدي وخزانة المفتين: أن السلطان إذا أمر قضاة بتحليف الشهود، يجب على العلماء أن ينصحوا السلطان ويقولوا: له لا تكلف قضاتك أمراً، إن أطاعوك يلزم منه سخط الخالق، وإن عصوك يلزم منه سخطك، آه، وفي البحر بعد نقل قول صاحب التهذيب: قلت: ولا يضعفه ما في الكتب المعتمدة كالخلاصة والبرازية من أنه لا يمين على الشاهد؛ لأنه عند ظهور عدالته والكلام عند خفائها خصوصاً في زماننا أن الشاهد مجهول الحال وكذا المزكي غالباً، والمجهول لا يعرف المجهول، (ج ٧ ص ٦٣) وفي ردالمحتار: ونقل عن الصيرفية: جواز التحليف، وهو مقيد بما إذا رآه القاضي جائزاً أي بأن كان ذا رأي، أما إذا لم يكن له رأي فلا طعن عن أبي السعود، والمراد بالرأي الاجتهاد، آه. وفي تكملة ردالمحتار نقلاً عن العلامة المقدسي: أن ما ذكر في التهذيب للقلانسي مخالف لما في الكتب المعتمدة، ولا يقال: يجب العمل به؛ لأن الشاهد مجهول كالمزكي غالباً، والمجهول لا يعرف المجهول؛ لأننا نقول: الأمر كذلك، لكن قال الفقيه: لو استقصى مثل ذلك لضاق الأمر ولا يوجد مؤمن بغير عيب كما قيل: ومن ذا الذي ترضى سجايه كلها كفى المرء نبلاً أن تعد معايه أقول: لكن صدر الأمر السلطاني أنه إذا ألح الخصم على القاضي بأن يحلف الشهود قبل الحكم؛ لتقوية الشهادة، ورأى الحاكم لزوم ذلك، فله إجابته كما في مادة - ١٧٢٧ - من المجلة، والراجع جواز تحليف الشهود في وقت رتبة الحاكم من عدالة الشهود ومن عدالة المزكين ولا دفع لتلك الرتبة إلا بتحليفهم ومع ذلك يكون إلحاح المشهود عليه على الحاكم بذلك وقد كان السلطان أمر به في ذلك الوقت، وبهذا تجمع الأقوال؛ فإن من قال: إنه منسوخ والعمل به غير جائز فقلوله محمول على ما إذا كانت العدالة محققة عند القاضي ولا رتبة له فيها كما تفقه به صاحب البحر وهو تفقه حسن، وهو محمل مادة المجلة أيضاً، أنظر شرح المجلة للأتاسي، والله تعالى أعلم.

(نبيه): التحليف لا يعني عن التزكية السرية والعلنية فلا يكون تحليف الشهود بدلاً للتزكية. (درر الأحكام شرح مجلة الأحكام المادة - ١٧٢٧).

٢١٨- المادة: في البحر عن التهذيب: أنه يحلف الشهود في زماننا؛ لتعذر التزكية إذا المجهول لا يعرف المجهول، وفي المجلة إذا ألح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم تقوية الشهادة باليمين، فللحاكم أن يحلف الشهود، وله أن يقول لهم: إن حلفتكم قبلت شهادتكم وإلا فلا. (الأصول القضائية).

تفريق الشهود

عن محمد إذا أتهم الشهود بشهادة الزور فرق بينهم. (معين الأحكام).^(١)

(١) معين الأحكام ج ١ ص ٤٥٨ - تمام عبارته: وإن لم يتهم لا يتكلف لذلك، آه والراجع في زماننا التفريق مطلقاً، والله تعالى أعلم.

الرجوع عن الشهادة^(١)

(١) اعلم أن للرجوع ركناً وشرطاً وحكماً: فركنه قول الشاهد: رجعت عما شهدت به، أو يقول: شهدت بـ، وشرط صحته أن يكون عند القاضي، وحكمه التعزير فقط إن رجع قبل القضاء، والتعزير والضمان إن رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عَوْض، في النكاح: أن ما يتلفه الشاهد إذا رجع عن شهادته على ثمانية أوجه:

أحدها: إتلاف النفس وهو أن يشهد رجلان على رجل: أنه قتل فلانا عمداً، فقضى القاضي بشهادتهما وقتل المشهود عليه، ثم رجعا عن الشهادة فإنهما يغرمان الدية، وإن رجع أحدهما فإنه يغرم نصف الدية.

والثاني: إتلاف بعض النفس وهو أن يشهد رجلان على رجل بالسرقة، فيحكم القاضي بقطع يده وقطع، ثم رجعا عن الشهادة فإنهما يغرمان دية اليد، وإن رجع أحدهما فعليه نصف دية اليد.

والثالث: إتلاف المال وهو أن يشهد رجلان لرجل على رجل بالف درهم مثلاً، وقضى القاضي بشهادتهما وألزمه المال، ثم رجعا عن شهادتهما فإنهما يغرمان للمشهود عليه ما ألزمه القاضي من المال للمشهود له، فإن رجع أحدهما فإنه يغرم له نصف المال.

والرابع: إتلاف المتاع من العقار والحيوان وما يملكه الإنسان، وهو أن يشهد رجلان لرجل على رجل بدار، أو عبد، أو أمة، أو ثوب، أو غير ذلك وقضى القاضي بذلك، ثم رجع الشاهدان عن الشهادة فإنهما يغرمان قيمة ذلك، وإن رجع أحدهما غرم نصف قيمته على ما ذكرناه.

والخامس: إتلاف الملك، وهو أن يشهد رجلان على رجل بأنه أعتق عبده، وقضى القاضي بذلك، ثم رجعا عن الشهادة فإنهما يغرمان قيمة العبد، وإن رجع أحدهما غرم نصف ذلك على قياس ما ذكرناه.

والسادس: إتلاف النكاح، أو إلزام النكاح، وهو أن يشهد رجلان بنكاح امرأة لرجل، والرجل يدعيها، والمرأة تنكره، فقضى القاضي بذلك، ثم رجعا عن الشهادة فإن القاضي لا يبطل النكاح برجوعهما، ولا يغرمهما شيئاً للمرأة، شهدا بمهر مثلها، أو بأقل من ذلكا أو بأكثر؛ لأنهما لم يتلفا عليها مالا، ولو كانت المرأة مدعية والرجل منكراً والمسئلة بحالها فهو كذلك غير أن المهر الذي شهدا به إن كان مهر مثلها أو أقل فإنهما لا يغرمان شيئاً للزوج، وإن كان المهر الذي شهدا به أكثر من مهر مثلها غرما للرجل الفضل على مهر المثل، ولو رجع أحدهما غرم نصف ذلك الفضل، وكذلك لو شهدا بإجارة فإن حكمها حكم النكاح إلى آخره على الوجهين جميعاً، ولو شهدا بطلاق امرأة والزوج يكره وقضى القاضي بذلك، ثم =

٢١٩- المادة: إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أداء الشهادة وقبل الحكم في حضور الحاكم تكون شهادتهم في حكم العدم كان لم تكن ويعزرون.

٢٢٠- المادة: إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم في حضور الحاكم فلا ينقص حكم الحاكم ويضمن الشهود المحكوم به. (المجلة).

٢٢١- المادة: يشترط أن يكون الرجوع في حضور الحاكم ولا اعتبار إذا كان في محل آخر، فإن رجع بعض الشهود وبقي نصاب الشهادة يعزر ولا يضمن، وإن لم يبق يضمنون النصف بالاشتراك، والعبرة لمن بقي لا لمن رجع. (المجلة والكنز).

رجعا فإن كان الزوج دخل بالمرأة فإنهما لا يفرمان شيئا لأنه قد حصل له بدل المهر، وإن لم يكن دخل بالمرأة وقد فرض لها صداقها فإنهما يفرمان ما غرم لامرأته من نصف الصداق، فإن رجع أحدهما غرم نصف ذلك وهو ربع الصداق، وإن لم يكن فرض لها الصداق فإنهما يفرمان له ما غرم لامرأته من المتعة، فإن رجع أحدهما غرم نصف المتعة.

والسابع: إتلاف حق من الحقوق، وهو أن يشهد رجلان على رجل بأنه راجع امرأته وقد كان طلقها، أو على أنه قد عفى عن دم كان له قبل رجل، أو على أنه سلم شفعة كانت له في شرك وجوار، أو أنه سلم خيارا كان له في بيع أو شراء، أو على أنه رأى المبيع ورضي به، أو كان له خيار رؤية في بيع وما أشبهه وقضى القاضي بذلك، ثم رجعا عن الشهادة فإنهما لا يفرمان شيئا؛ لأنهما لم يتلفا مالا وألھما إنما يضمنان إذا ألتقا على أحد مالا.

والثامن: إتلاف عقد من العقود أو إلزام عقد، وهو أن يشهد رجلان بالبيع، والبائع ينكر والمشتري يدعي فبقضى القاضي بذلك، فإن المشتري لا يحل له أن يتفع بذلك، وإن كانت جارية لا يحل له أن يطأها إن لم يكن قد وقع بينهما بيع وشراء، فإن رجعا عن شهادتهما ينظر، فإن كان الثمن مثل قيمة المبيع أو أكثر فإنهما لا يفرمان شيئا للبائع برجوعيهما؛ لأنهما أعطياه مثل ما أخذاه منه، وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع غرما ذلك الفضل على ما وصفنا، وإن رجع أحدهما غرم نصف ذلك الفضل، ولو كان البائع هو المدعي للبيع والمشتري منكرا فبقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا عن الشهادة نظر إلى الثمن أيضا وإلى قيمة المبيع، فإن كانت قيمة المبيع مثل الثمن أو أكثر ثم يفرما للمشتري شيئا؛ لأنهما أعطياه مثل ما أخذاه منه، وإن كانت قيمة المبيع أقل من الثمن غرما له ذلك الفضل، انتهى بحذف شيء.

الفصل التاسع في شروط تضمين الشاهد

٢٢٢- المادة: شروط تضمين الشاهد أربعة:

الأول: أن يكون الرجوع بعد القضاء قَلْو قبله لا يجب الضمان.

والثاني: أن يكون الرجوع في مجلس القاضي قَلْو كان في غيره لم يصح فلا يجب

الضمان.

والثالث: أن يكون المتلف بالشهادة عين مال، قَلْو كان منفعة لم يجب الضمان؛ لأن

المنافع غير متقومة عندنا بالإتلاف، وإنما قومت بالتملك في النكاح؛ إظهاراً لشرف المحل، وفي الإجارة للضرورة.

والرابع: أن يكون إتلاف المال بغير عَوْض، فإن كان بعوض لم يجب الضمان سواء

كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم المال؛ لأن الإتلاف بعوض كلا إتلاف. (الأصول القضائية).

٢٢٣- المادة: مثال الشرط الثالث: شهدا على رجل أنه طلق زوجته بعد الدخول

وحكم القاضي بالفرقة، ثم رجع الشاهدان لم يضمننا شيئاً؛ لأنهما لم يهلكا على الزوج إلا

منافع البضع وهي غير متقومة بالإتلاف، ومثال الشرط الرابع شهدا على شخص ببيع شيء

بمثل قيمته أو أكثر ثم رجعا لم يضمننا للبائع شيئاً؛ لأنه إتلاف بعوض، وإن شهدا ببيع شيء

بأقل من قيمته ثم رجعا ضمننا الفرق.

الفصل العاشر في الشهادة على الإرث

شروط الشهادة على الإرث ستة:

- الأول: جر الملك من المورث إلى الوارث إما حقيقة بأن يقولوا: إن هذه العين كانت ملكاً لفلان مات وتركها ميراثاً لهذا المدعي، أو حكماً كان يقولوا: إن فلاناً مات وهذه العين في ملكه أو في يده^(١) أو في يد مستعيره أو مودعه أو مستأجره.
- والثاني: أن يدرك الشاهدان الميت، فلو لم يدركاه لم تصح شهادتهما؛ لأنهما يشهدان بملك الميت والشهادة على الملك لا تقبل بالتسامع ولا بد فيها من المعاينة، ولهذا قال في البزازية: شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة؛ لأنهما شهدا بملك ولم يعاينا سبه ولا رأياه في يد المدعي.
- والثالث: أن يوضح الشاهدان سبب الوراثة الخاص الذي ورث به المدعي الميت^(٢) فإذا كان أخاه وجب أن يقول: إنه أخوه لأبيه أو لأمه أو لهما.
- والرابع: أن يسند الشاهدان الملك للميت الزمن الماضي بأن يقولوا: نشهد أنها كانت ملك فلان المتوفى^(٣).

^(١) إنما كان الشهادة على اليد شهادة على الملك؛ لأن اليد وإن اختلفت فإنها يد ملك عند الموت؛ لأن يده عند الموت أي يد كانت يد ملك أو يد أمانة تنقلب يد ملك إذا مات مجهلاً، فكانت الشهادة على اليد شهادة على الملك وقت الموت، فيثبت النقل إلى الوارث بطريق الضرورة، وكذا الإعارة والإيداع والإجارة إلبات اليد من جهة الميت فيصير ذلك إثباتاً ليد الميت عند الموت فينقل إلى الوارث. (معين الأحكام ج ١ ص ٤٥٩).

^(٢) وإنما يلزم تعيين سبب الوراثة الخاص؛ لأن أسباب الوراثة مختلفة قد يتعلق بها العصوبة وقد يتعلق بها القرضية، مثلاً إذا شهدا: أنه أخوه لا بد أن يقولوا: إنه لأب وأم، أو لأب، أو لأم؛ لأنه إن كان لأب وأم، أو لأب فهو من العصبة، وإن كان لأم فهو من ذوي الفروض.

والخامس: أن يقول الشاهدان: إن هذا المدعي وارث هذا الميت؛ إذ يمكن أن يكون محجوباً أو محروماً.

والسادس: أن يقول الشاهدان: إنه لا وارث لهذا الميت غير هذا المدعي، أو يقولوا: لا نعلم له وارثاً غيره.

(١) في معين الأحكام: لو قالوا: إنه لمورثه لا تقبل؛ لأنهم شهدوا بإثبات الملك والمالكية للميت للحال محال، آه.

الفصل الحادي عشر في تعزيز شاهد الزور

٢٢٤- المادة: وجب تعزيزه بلا خلاف، واختلفوا في كيفية التعزيز فقال أبو حنيفة -رحمه الله تعالى-: تعزيزه التشهير به فينادى عليه في سوقه أو مسجد حيه: فيقال: هذا شاهد الزور فاحذروه ^(١) وقال أبوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى: يضم إليه ضرب أسواط، هذا إذا تاب فإذا لم يتب وأصر على ذلك فإنه يعزر بالضرب بالإجماع. (الأصول القضائية والأنقروية).

^(١) أخذ أبو حنيفة -رحمه الله تعالى- بقول شريح - رحمه الله -؛ فإنه كان قاضيا في زمن عمر وعلي -رضي الله عنهما- فما يشتهر من قضايا كالمروي عنهما، في المبسوط للمرخسي -رحمه الله تعالى-: ذكر عن شريح -رحمه الله تعالى- أنه كان إذا أخذ شاهد الزور بعث به إلى أهل سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا يقول: إن شريحا - رحمه الله تعالى- يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس، ثم في التشهير نوع تعزيز، وهو تعزيز لائق بجريمته؛ لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيزا لائقا بجريمته فيكتفى به، [ج ١٦ ص ١٤٥ -باب شهادة الزور وغيرها]، وأما تسويد الوجه ففي نصاب الاحتساب: وتسخيم الوجه لا يجوز؛ لأنه مثله أه وفي المبسوط: والدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه؛ فإن ذلك مثله «ونهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن المثلة، ولو بالكلب العقور»، فإن قيل: روي أن عمر -رضي الله تعالى عنه- سخم وجه شاهد الزور، قلنا: عساه رأى منه مصلحة خاصة، كذا في نصاب الاحتساب، وفي المبسوط: وما نقل عن عمر -رضي الله عنه- محمول على معنى السياسة إذا علم الإمام أنه لا ينزجر إلا به، آه فالصاحل أن تسويد الوجه يجوز سياسة إذا رأى الحاكم فيه مصلحة كذا في الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ج ١ ص ٣٣٥).

الفصل الثاني عشر في أجره المزمكي والمشخص والمبعوث للتعديل

٢٢٥- المادة: أجره المشخص في بيت المال، وقيل: على المتمرد. (القنية من المحل

المذبور).

٢٢٦- المادة: مؤنة المشخص على المتمرد وهو الصحيح، وقيل: في بيت المال، فإذا

أحضره يحبس القاضي عقوبة. (قاضيخان في فصل ما يستحق على القاضي من كتاب الدعوى).

٢٢٧- المادة: ومؤنة الرجالة على المدعي في الابتداء، فإذا امتنع المدعي عليه فعلى

المدعي عليه. (قنية كتاب آداب القاضي).^(١)

^(١) طريقة إحضار المدعي عليه أن يعطي القاضي المدعي مراسلة مختومة بختمه لتبليغها للخصم تتضمن دعوته إلى المحاكمة، ويبلغ المدعي هذه المراسلة لخصمه ويفهمه بأنها من قبل القاضي والختم ختم القاضي، فإذا رد الخصم المراسلة وامتنع عن الحضور إلى مجلس القاضي أشهد عليه شاهدين، فإذا شهدا بذلك عند القاضي يستحضره القاضي بأعوانه إن قدر وإلا يسأل الوالي أن يستحضره، ومؤنة المستحضر على المتمرد هو الصحيح، وقيل: تكون في بيت المال، فإذا أحضره يحبس القاضي عقوبة، كذا في فتاوى قاضيخان، لكن الطريق الأسلم في هذا الزمان أن تكون المؤنة في بيت المال لمصلحة دفع توهم الظلم والرشوة عن المحضر والشرطي، والله تعالى أعلم.

الباب الخامس في الإقرار^(١)

الفصل الأول في تعريف الإقرار وشرائط صحته

٢٢٨- المادة: الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه للأخر، ويقال لذلك: مقر، ولهذا

مقر له، وللحق مقر به.

٢٢٩- المادة: يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً، فلا يصح إقرار الصغير والصغيرة

والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، والمعتوه: من اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً، والسفيه: هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ولا يصح على الصغير والمجنون والمعتوه إقرار أولياءهم وأوصيائهم، ولكن الصغير المميز المأذون هو في حكم البالغ في الخصومات التي صحت مأذونيته فيها.^(٢)

^(١) مشروعية الإقرار ثابتة بالكتاب والسنة مع إجماع الأمة والمعقول:

الكتاب: قوله تعالى: {كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم} [النساء: ١٣٥] والمقصود منها: الإقرار.

والسنة: هو كون النبي - صلى الله عليه وسلم - قد أمرنا بإجراء الحد الشرعي على من أقر بفعل موجب للحد الشرعي.

وإجماع الأمة: أنه قد حصل إجماع الأمة على كون الإقرار حجة في حق المقر، وعلى إجراء القصاص والحدود عليه، فإذا كان الإقرار حجة في الحدود والقصاص فهو حجة في حق المال بطريق الأولى. والمعقول: أن الإقرار وإن كان دائراً بين الصدق والكذب إلا أن العاقل لا يقر بشيء كاذباً يوجب الضرر لنفسه، أو ماله، فلا يكون في إقراره تهمة، فلذلك رجحت جهة الصدق فأصبح ذلك الإقرار حجة ودليلاً على المقر. (درر الحكام).

^(٢) والخصومات المذكورة هي التجارة كالبيع والشراء والتي هي من ضروريات التجارة كالدين والوديعة والغصب والعارية، وإنما كان الصغير المميز المأذون فيها يصح إقراره مثل البالغ؛ إذ إعطاء الإذن له دليل على كونه عاقلاً، ولأنه لو لم يصح إقراره في تلك الخصومات لابتعد الناس عن معاملته، فلذلك قد عد إقراره بتلك الخصومات من لوازم التجارة.

٢٣٠- المادة: يشترط في الإقرار رضا المقر فلا يصح الإقرار الواقع بالجبر والإكراه. ^(١)

٢٣١- المادة: يشترط أن لا يكون المقر محجوراً من قبل الحاكم كالمديون الذي حجره الحاكم بطلب الغرماء، وأن لا يكون عبداً، ولا نائماً، ولا مغمى عليه، ولا هازلاً، ولا متهماً كإقراره في مرض الموت بالدين لبعض ورثته، ولا يكون محالاً عقلياً كإقراره لرجل في وقت هو مات قبل ذلك، وأن لا يكون محالاً شرعياً كرجل ترك ابناً وبناتاً فأقر الابن أن الميراث بينهما نصفان؛ لأن هذا خلاف الشرع.

٢٣٢- المادة: يشترط لصحة الإقرار أن لا يكذبه ظاهر الحال فلا يصح إقرار الصبي بقوله: بلغت إذا لم تتحمل جثته البلوغ، وقس على هذا. (المجلة).

٢٣٣- المادة: يشترط أن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة كإقراره بأن هذا المال الذي في يدي لأحد من أهل البلدة الفلانية؛ فإنه لا يصح، بخلاف ما لو أقر: أنه لأحد هذين الرجلين؛ لأنه جهالة يسيرة. ^(٢)

٢٣٤- المادة: لا يشترط أن يكون المقر له عاقلاً فصح الإقرار للصغير الغير المميز، ولا يتوقف صحة الإقرار على قبول المقر له، ولكن يكون مردوداً برده.

^(١) لأن الإقرار خبر محتمل الصدق والكذب ففي حالة الاختيار يرجح طرف الصدق على جانب الكذب ويكون حجة، وأما في وقت الإكراه فبالعكس فلا يكون حجة.

^(٢) والمال لهما إذا اتفقا أن يأخذا ذلك المال، ويملكانه بعد الأخذ بالاشتراك، وإن اختلفا فلكل منهما أن يطلب من المقر اليمين على عدم كون المال له، فإن نكل المقر عن يمين الاثنين يكون ذلك المال كذلك مشتركاً بينهما، وإن نكل عن يمين أحدهما فيكون ذلك المال مستقلاً لمن نكل عن يمينه، وإن حلف للاثنين يبرأ المقر من دعواهما، ويبقى المال في يده. (المجلة المادة-١٥٧٨).

٢٣٥- المادة: صح الإقرار بالمشاع^(١) كما لو أقر لأحد بنصف العقار الذي في يد المقر، وصح إقرار الأخرس بإشارته المعهودة^(٢) لكن إقرار الناطق بإشارته لا يعتبر، مثلاً لو قال أحد للناطق: هل لفلان عليك كذا دراهم؟ فخفض رأسه لا يصح.

٢٣٦- المادة: لا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد، ولو ادعى واحد كونه كاذباً في إقراره يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً، مثلاً أعطى أحد سنداً للآخر محرر فيه: أنه استقرض كذا دراهم من فلان ثم قال: واني وإن كنت أعطيت هذا السند لكنني ما أخذت المبلغ المذكور يحلف المقر له بعدم كونه كاذباً في إقراره. (المجلة).^(٣)

(١) المجلة المادة - ١٥٨٥ - لأن الإقرار إخبار وليس بإنشاء ولو كان إنشاء لكان هبة؛ فإن التملك بلا بدل هبة، ولما جاز بمشاع قابل القسمة.

(٢) المجلة المادة - ١٥٨٦ - أي إقراره بغير الحدود، والإشارة المعهودة تكون بأعضائه كاليد والحاجب، وفي هذه الصورة إذا كان القاضي واقفاً على معنى إشارة الأخرس فيها، وإلا يسأل من إخوان الأخرس أو أصدقائه الذين يعرفون ما هو المقصد من تلك الإشارة، وهؤلاء يوضحون ويفسرون بحضور القاضي مقصد الأخرس، ويجب أن يكون هؤلاء عدولاً، ومن يقبل قولهم؛ لأنه لا يعتمد كلام الفاسق. (درر الحكام).

(٣) المجلة المادة - ١٥٨٩ - هذا قول أبي يوسف - رحمه الله تعالى -، في الدر المختار: أقر ثم ادعى المقر أنه كاذب في الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذباً في إقراره عند الثاني وبه يفتى، درر، آه اعلم أن تحليف المقر له مقيد بأن لا يكون المقر محكوماً عليه بالإقرار، فإن كان محكوماً عليه به لا يحلف، وصورته أن يكون منكراً للإقرار فيثبت مدعيه بالبينه ويحكم عليه القاضي به، ثم يدعي أنه كان كاذباً فيه فلا يحلف، كذا في شرح المجلة للأتاسي ج ٤ ص ٦٥٠.

الفصل الثاني في إقرار المريض^(١) وتعريف مرض الموت

٢٣٧- المادة: مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر، والذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة إن كان من الذكور، ورؤية مصالحه الداخلة إن كان من الأنثى، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه دائماً على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضها وإن اشتد مرضه ومات بعد ذلك فمن وقت الاشتداد إلى الوفاة حالة مرض موت. (المجلة).^(٢)

(١) اعلم أن المريض المقر إما أن يكون لا وارث له وحكم ذلك سيين في المادة - ٢٣٨ - وإما أن يكون له وارث واحد، وفي هذه الصورة إما أن يكون ذلك الوارث لا حق له في إحراز جميع التركة كالزوج والزوجة، وحكمه أيضاً في تلك المادة، وإما أن يكون ذلك الوارث له حق إحراز جميع التركة كالأب والابن بإقراره لذلك الوارث وعدمه سواء؛ فإنه يحرز جميع التركة في الحالين، وإما يكون الوارث أكثر من واحد فحكم إقراره لأحد الورثة سيين في المادة - ٢٣٩ - وأما إقراره للأجنبي في جميع صور فحكمه سيين في المادة - ٢٤١ -.

(٢) المجلة المادة - ١٥٩٥ - حاصل هذه المادة أنه يعد الإنسان مريضاً مرض موت بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون ذلك الشخص في حال يكون فيه خوف الموت في الأكثر، وعليه فالمحصور في القلعة، والجندي الذي يكون في ساحة الحرب لا يكون مريضاً بمرض الموت بمجرد كونه محصوراً أو محارباً؛ لأنه يحصل الخلاص من المحاصرة في الأكثر.

والشرط الثاني: أن لا يكون قادراً على رؤية مصالحه وأشغاله الخارجية إذا كان رجلاً، وأن لا تكون قادرة على رؤية مصالحها الداخلية إذا كانت امرأة.

والشرط الثالث: أن يتصل به الموت بأن لا يمر عليه سنة وهو على حالة واحدة في ذلك المرض، ولو امتد مرضه سنة وهو على حالة واحدة لا يكون مرض موت إلا إذا زاد المرض إلى أن مات فيعتبر مرض موت من حين زيادته، كذا في شرح المجلة للأتاسي.=

٢٣٨- المادة: إقرار من لم يكن له وارث أو لم يكن له وارث سوى زوجته أو المرأة التي لم يكن لها وارث سوى زوجها في مرض الموت يعتبر، قَلَوَ أقر من لا وارث له بجميع المال لغيره، أو أقر من لا وارث له سوى زوجته بجميع ماله لزوجته يصح، وليس لأمين بيت المال أن يتعرض لتركته.

٢٣٩- المادة: إذا أقر أحد في مرض موته بعين أو دين لأحد ورثته ثم مات يكون إقراره موقوفاً على إجازة باقي ورثته، ولكن إن صدقه الورثة في حال حياته فليس لهم الرجوع عن تصديقهم.

٢٤٠- المادة: الإقرار بالأمانة للوارث صحيح بكل حال، ولو أقر أحد حال مرضه بمال لأحد ورثته وأفاق بعد إقراره من ذلك المرض يكون إقراره هذا معتبراً.

٢٤١- المادة: إقرار المريض بدين أو عين لأجنبي في مرض موته صحيح وإن احاط بجميع ماله لكن ديون الصحة مقدمة على ديون المرض.

٢٤٢- المادة: ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه والقرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً. (١)

= وفي حكم المريض مرض الموت من يغلب على حاله الهلاك كالشخص الذي يبقى على خشبة من السفينة بعد غرقها، والشخص الذي يتبارز مع آخر، والشخص الذي يصير إخراج له لساحة الإعدام لإجراء القصاص. (١) المجلة المادة - ١٦٠٤ - الحاصل أن حق كل الغرماء قد تعلق بجميع الأموال الموجودة، فإذا أدى

دين بعضهم يبطل حق باقيهم وليس له ذلك، ولو فعل ثم مات فإن لم تف تركته ديونه فللغرماء الآخرين أن يدخلوا ما أدى إلى تقسيم الغرامة، وأن يأخذوا حصتهم منه بنسبة دينهم، ويستثنى من ذلك النقود التي استقرضها، وثمن المال الذي اشتراه أثناء مرضه إذا كان الثمن بمثل القيمة، أما إذا كان الثمن زائدا فتكون الزيادة تبرعا ووصية، ويشترط أن يثبت الاشتراء والاستقراض بالبينة وليس بإقرار المريض المجرد؛ لأن فيه تهمة. (درر الحكام).

٢٤٣- المادة: الكفالة بالمال من أي جهة كان فهو في حكم الدين الأصلي فلو تكفل المريض دين وارثه لا يكون نافذاً وإذا كفل للأجنبي يعتبر من ثلث ماله، وإذا أقر في مرض موته بكونه قد كفل في حال صحته يعتبر إقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحة إن وجدت. ^(١)

^(١) المجلة المادة - ١٦٠٥ - اعلم أن كفالة المريض على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يكفل في حال الصحة كفالة معلقة بالسبب، ويحصل ذلك السبب حال المرض، مثلاً لو قال أحد لآخر: إنني كفيل لمطلوبك الذي سيثبت في ذمة فلان ثم ثبت ذلك في مرض موت الكفيل، فتكون كفالته صحيحة ويكون الدين كدين الصحة.

والوجه الثاني: أن يخبر المريض حال مرضه بأنه كفل في زمن الصحة فهذا يكون بمنزلة دين المرض، وبعد المكفول له من غرماء المرض.

والوجه الثالث: أن ينشئ المريض الكفالة في مرض موته فهذه الكفالة تعتبر في ثلث ماله فقط كالوصايا الأخرى.

الفصل الثالث في بيان الإقرار بالكتابة

٢٤٤- المادة: الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان لو أمر كاتباً بقوله: أكتب لي سنداً أني مديون لفلان كذا دراهم ووضع فيه إمضاءه أو ختمه يكون من قبيل الإقرار بالكتابة كالسند الذي بخط يده. ^(١)

٢٤٥- المادة: القيود التي في دفاتر التجار هي من قبيل الإقرار بالكتابة، مثلاً لو كان أحد التجار قد قيد في دفتره أنه مديون لفلان بمقدار كذا يكون معتبراً كإقراره الشفاهي، وأفتى به قاري الهداية وجرى عليه القاضي أبو علي النسفي، ومثله في رد المحتار جلد ٤ ص ٣٩٣. ^(٢)

^(١) المجلة المادة - ١٦٠٧ - اعلم أن الكتابة والخط من أهم وألزم الأشياء للإنسان وبها يقتدر على استحصال منافع كثيرة، وعلى تأمين حقوق مهمة، ومن المروي عن ابن عباس أن المقصود من الأثارة في الآية الجليلة {أو أثاره من علم} [الأحقاف: ٤] الخط الحسن، وقد أخذ في هذا الزمن للعمل بالكتابة والخط أهمية عظمى فقد قصر إثبات كثير من الحقوق، ولا سيما السندات والمقاولات على الخط، فلذلك لا يجوز عد كل خط معمولاً به ومداراً للثبوت، كما أنه لا يجوز ألا يعمل بالخط مطلقاً؛ إذ يؤدي ذلك إلى إبطال الحقوق، فلذلك قد اتخذ طريق متوسط، وهو بناء على أصليين: الأصل الأول: لا يعتمد على الخط الذي فيه شائبة تزوير، ولا يتخذ ذلك الخط مداراً للحكم عند المنازعة.

والأصل الثاني: يعمل بالخط البريء من شائبة التزوير والتصنيع؛ لأن أكثر معاملات الناس تحصل بلا شهود، فإن لم يعمل بالخط يستلزم ضياع أموال الناس، (درر الحكام) وقد مر بعض بيانه وقيوده في شرح القاعدة - ٦٩.

^(٢) المجلة المادة - ١٦٠٨ - ذكر في رد المحتار بعد التفصيل وأقوال الفقهاء: ثم اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيده بعض المتأخرين، وهو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه؛ فإنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه، ولذا قيده في الخزانة بقوله: كتب على نفسه، آه. (ج ٤ ص ٣٩٣ مطلب في دفتر البيع والصراف والسمسار).

٢٤٦- المادة: إذا كتب أحد سنداً، أو استكتبه لأحد ممضى عليه أو مختوماً يكون معتبراً إن كان مرسوماً أي موافقاً للرسم والعادة، والوثائق التي تعلم القبض للمسمأة بالوصول هي من هذا القبيل أيضاً أي معتبر. ^(١)

٢٤٧- المادة: إذا أنكر من كتب سنداً أو استكتبه وأعطاه ممضى عليه أو مختوماً الدين الذي حواه فلا يعتبر إنكاره إن كان خطه وختمه مشهوراً أو متعارفاً ويعمل بذلك السند، وإن لم يكن خطه وختمه متعارفاً يستكتب ذلك المنكر ويعرض على أهل الخبرة، فإن أخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يجبر على إعطاء الدين، والحاصل يعمل بالسند إن كان بريئاً من شائبة التزوير والتصنيع، وإن لم يكن بريئاً وأنكر المديون كون السند له يحلف بطلب المدعي على أن السند ليس له وأنه ليس بمديون للمدعي. ^(٢)

ولا يصح الإقرار في حدود الله تعالى لا بالكتابة ولا بالإشارة ولا بالسكوت بل بالعبارة فقط ولو ممن لا يقدر كالأخرس. (المجلة والأصول القضائية).

^(١) المجلة المادة - ١٦٠٩ - في درر الحكام: أما إذا كان صاحب الإمضاء أو الختم غير واقف على اللغة التي حرر بها السند، وادعى بأنه وقع إمضاؤه بدون علم مآل السند، فلا يؤخذ بالسند ما لم يثبت بأن السند قرئ عليه وشرح وفسر مضمونه له، وأنه أمضى أو ختم السند بعد أن وقف على تمام مضمونه سواء أكان السند يتضمن الدين، أو البيع، أو التصرفات الأخرى، آه.

^(٢) المجلة المادة - ١٦١٠ - في رد المحتار: إذا ادعى رجل مالا وأخرج بالمال خطأ وادعى أنه خط المدعى عليه فأنكر كون الخط خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد اختلف فيه المشايخ والصحيح أنه لا يقضى بذلك؛ فإنه لو قال: هذا خطي وليس علي هذا المال كان القول قوله، يستثنى منه ما إذا كان الكاتب سمساراً أو صرافاً أو نحو ذلك ممن يؤخذ بخطه كذا في قاضي خان آه. (ج ٤ ص ٣٩٢).

٢٤٨- المادة: إذا أعطى سند دين مرسوماً ثم مات يلزم ورثته إيفاءه من التركة إن كانوا معترفين بالسند للمتوفى، وأما إذا كانوا منكرين فيعمل بذلك السند إذا كان خطه وختمه متعارفاً. (المجلة).

٢٤٩- المادة: إذا ظهر كيس مملو بالنقود في تركة أحد محرر عليه بخط الميت أن هذا الكيس مال فلان وهو عندي أمانة يأخذه ذلك الرجل ولا يحتاج إلى إثبات من وجه آخر. (المجلة).^(١)

^(١) المجلة المادة - ١٦١٢ - وإنما لا يحتاج إلى إثبات آخر كالبيئة؛ لأن العادة تشهد بأن الإنسان لا يحزر عبارة كهذا على ماله، كذا في ردالمحتار.

الفصل الرابع في بيان المسائل التي يعد السكوت فيها إقراراً حكماً

- ٢٥٠- المادة: الأصل عند الفقهاء أن لا ينسب لسكوت قول كما مر في الكليات إلا أنهم استثنوا من ذلك مسائل وهي هذه: (الأصول القضائية).
- ٢٥١- المادة: سكوت البكر عند استثمار وليها لها قبل التزويج وبعده عند علمها به إذا زوجها الولي يكون رضاً^(١) كقولها: رضيت وأجزت.
- ٢٥٢- المادة: سكوتها عند قبض المهر لو قبض المهر أبوها أو من زوجها يكون إذناً منها بقبضه إلا أن تقول: لا تقبض مهري.
- ٢٥٣- المادة: سكوت الصبية إذا بلغت بكراً يكون رضاً مبطلاً لخيار بلوغها لا لو بلغت ثيباً.
- ٢٥٤- المادة: سكوت الوكيل عند التوكيل يعتبر رضاً بالتوكيل وقبولاً له، فلو باشر بعد ذلك العمل الموكل فيه صح.
- ٢٥٥- المادة: سكوت البائع عند قبض المشتري المبيع قبل نقد ثمنه يعتبر منه إذناً بقبضه.
- ٢٥٦- المادة: سكوت الشفيع بعد علمه بالبيع يعتبر رضاً منه وتنازلاً عن حق الشفعة.
- ٢٥٧- المادة: سكوت الوصي في حياة الموصي بعد علمه بالوصاية يعتبر قبولاً منه لها فلو باع شيئاً من تركة الموصي بعد موته أو تقاضى دينه جاز.
- ٢٥٨- المادة: سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته إقرار منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك.

(١) أما لو زوجها غير الولي أو زوج الولي والأقرب منه موجود فليس برضا، فلو زوج الجد مع قيام الأب لا يكون سكوتها رضا، كذا في تقريرات الرافعي.

٢٥٩- المادة: سكوت المشتري عند إخباره بالعيب قبل إقدامه على الشراء يعتبر رضاً

بالعيب حتى لو اشتراه بعد ذلك لم يكن له أن يرده بذلك العيب.

٢٦٠- المادة: سكوت المرأة أو الولد أو القريب عند بيع العقار بحضرته إقرار من

الحاضر بملكية البائع للعقار المبيع حتى لم يكن للحاضر أن يدعي على المشتري ملكيته للعقار المبيع وذلك قطعاً للأطماع الفاسدة.

٢٦١- المادة: سكوت ولي الصبي عند رؤية الصبي يبيع ويشترى يعتبر إذناً منه له

بذلك.

٢٦٢- المادة: سكوت أب البنت عند رؤيته زوجته تدفع لها في تجهيزها أشياء من بيته

يعتبر إذناً منه لها في ذلك، فليس له بعد ذلك استرداد ما دُفع.

٢٦٣- المادة: سكوت المزكي^(١) عند سؤاله عن الشاهد يعتبر منه تعديلاً له. (الأصول

القضائية من ص ٧٢ إلى ص ٧٤).

^(١) أي في العلانية؛ لأن السكوت في السرية جرح وتفسيق كما مر.

(تمة): ذكر في تكملة ردالمحتار مسائل زائدة على ما ذكرت، يعد فيها السكوت مثل القول أيضاً.

منها: بكر حلفت أن لا تزوج نفسها فزوجها أبوها فسكت حنثت في يمينها كرضاها بكلام.

ومنها: تصدق على إنسان فسكت المتصدق عليه يثبت ولا يحتاج إلى قبوله قولاً، بخلاف الهبة.

ومنها: قبض هبة وصدقة بحضرة المالك وهو ساكت كان إذناً بقبضه.

ومنها: لو أبرأ مديونه فسكت المديون يبرأ ولو رد يرتد برده.

ومنها: الإقرار يصح ولو سكت المقر له ويرتد برده.

ومنها: الأمر باليد إذا سكت المفوض إليه صح ويرتد برده.

ومنها: الوقف على رجل معين صح ولو سكت الموقوف عليه، ولو رده، قيل يبطل، وقيل لا.

ومنها: تواضعا على تلجنة ثم قال أحدهما لصاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً، فسكت الآخر ثم

تباعا صح البيع وليس للساكت إبطاله بعد ما سمع قول صاحبه. =

ومنها: سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين رضا، كما لو أسر قن لمسلم فوقع في الغنيمة وقسم ومولاه الأول حاضر فسكت بطل حقه في دعوى قنه.

ومنها: لو كان المشتري مخيرا في قن شراء فراى القن يبيع ويشترى فسكت بطل خياره، ولو كان الخيار للبائع لا يبطل خياره.

ومنها: لو حلف المولى لا يأذن لقنه فرآه يبيع ويشترى فسكت يحنث في ظاهر الرواية، لا في رواية عن أبي يوسف.

ومنها: الحاضر عند البيع لو بعث البائع إلى المشتري وتقاضاه الثمن لا يسمع دعواه الملك لنفسه بعده؛ لأنه يصير مجيزا للبيع بتقاضيه.

ومنها: رآه يبيع عرضا أو دارا فتصرف فيه المشتري زمانا وهو ساكت سقط دعواه.

ومنها: لو قال الوكيل بشراء شيء بعينه لموكله: إني أريد شراءه لنفسي فسكت موكله ثم شراءه يكون للوكيل.

ومنها: سكوت رجل رأى غيره شق زقه حتى سال ما فيه يكون رضا.

ومنها: سكوت الحالف بأن لا يستخدم فلانا: أي مملوكه ثم خدمه فلان بلا أمره ولم ينهه حنث.

ومنها: باع أمة وعليها حلي وقرطان ولم يشترط ذلك لكن تسلم المشتري الأمة وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان الحلي لها.

ومنها: سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة، انتهى بحلف شيء. (ج ٢ ص ٩٦).

الفصل الخامس في إقرار السكران

٢٦٤- المادة: السكران عند الإمام -رحمه الله تعالى- من لا يعرف الأرض من السماء، وعند الصاحين -رحمهما الله تعالى- من يكون في كلامه هزيان واختلاط وبه أخذ أكثر المشائخ.

٢٦٥- المادة: إن سكر بطريق مباح كشرب مكره ومضطر وشرب دواء لا تعتبر تصرفاته ولا إقراره بجميع أنواعها بل يكون حكمه حكم المغمى عليه إلا في سقوط قضاء الصلاة إذا بلغت ستاً؛ فإنه في الإغماء لا يجب قضاءها وفي السكران يجب.

٢٦٦- المادة: وإن كان السكر بطريق محظور فهو كالصاحي فتصح جميع أقاربه وتصرفاته ويؤخذ بها زجراً له إلا إقراره بالردة والحدود؛ فإنه لا يصح.

الباب السادس في النكول^(١)

الفصل الأول في شرائط اليمين

٢٦٧- المادة: إن لم يكن للمدعي بينة أو كانت غير حاضرة لا بمجلس القضاء ولا بالمصر^(٢) كان له حق في تحليف خصمه اليمين الشرعية على نفي دعواه، وإنما تجب اليمين على المدعى عليه بشروط:

٢٦٨- المادة: الأول: أن تكون الدعوى صحيحة فلو كانت الدعوى فاسدة بأن نقص شرط من شروط صحتها لم تجب اليمين على المدعى عليه؛ إذ لا يجب عليه الجواب فضلاً عن اليمين.

٢٦٩- المادة: الثاني: إنكار المدعى عليه الحق المدعى به، فلو كان مقراً لم تجب اليمين عليه ولم يجز تحليفه.

٢٧٠- المادة: الثالث: أن لا يكون المدعى به حقاً خالصاً لله تعالى فلو كان من حقوق الله تعالى الخالصة كالحدود وما في معناها كاللعان لم يجز تحليفه عليها؛ لأن التحليف

^(١) إنما عبر بالنكول دون اليمين؛ لأن القضاء بالنكول هو قضاء الاستحقاق بخلاف اليمين؛ فإن القضاء به هو قضاء الترك، فلذا إذا حلف المدعى عليه اليمين فلا يبطل حق المدعي، فإذا ظفر المدعي بعد اليمين ببينة فله إقامتها وإثبات دعواه، وفي تلك الحال يحكم بالمدعى به للمدعي؛ لأن عمر قد قبل بعد يمين المنكر بينة المدعي كما أن القاضي شريحاً قد قال: اليمين الفاجرة الحق بالرّد من البينة العائلة، كذا في درر الحكام.

^(٢) وكذا إذا كان للمدعي شهود لكنهم ممتنعون عن الشهادة، فله حق في تحليف الخصم كما في درر الحكام، وإنما كان حقه في التحليف بعد عجزه عن البينة؛ لأن اليمين خلف عن البينة فلا يذهب إلى الخلف ما لم يحصل العجز عن الأصل إلا في مسائل سيجيى ذكرها، فلذا لو قال المدعي: إن شهودي حاضرون فأطلب تحليف المدعى عليه اليمين أولاً ثم أقيم شهودي، فلا يلتفت إليه.

لأجل النكول، والنكول إما بذل أو إقرار فيه شبهة العدم، والحدود لا تحمل البذل ولا تثبت بالإقرار فيه شبهة.

٢٧١- المادة: ولما كانت السرقة مشتملة على حقوق العبد وهو المال وحق الله تعالى وهو الجدد، فيحلف في السرقة على أخذ المال فإن نكل ضمن ولا قطع عليه.

٢٧٢- المادة: والرابع: أن يكون المدعى به مما يحتمل الإقرار به شرعاً من المدعى عليه، فإن لم يكن كذلك لم يجز التحليف مثلاً ادعى رجل على آخر أنه أخوه ولم يدع في يده ميراثاً فانكر لا يحلف؛ لأنه لو أقر بالأخوة لم يصح؛ لما فيه من تحميل النسب على الغير.

٢٧٣- المادة: الخامس: طلب المدعى تحليفه، فلو لم يطلب لم تجب على المدعى عليه اليمين، هذا هو الأصل إلا أنهم استثنوا منه مسائل قالوا: إنه يحلف فيها بغير طلب.

بيان المستثنيات التي تجب اليمين فيها من غير طلب المدعي^(١)

٢٧٤- المادة: المسألة الأولى: الشفيع إذا طلب من القاضي أن يقضي له بالشفعة فإنه لا يقضي إلا بعد أن يحلف بالله إنه طلب الشفعة حين علم بالشراء، وإن لم يطلب المشتري ذلك، هذا عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى - لا يستحلف القاضي بدون طلب.

٢٧٥- المادة: الثانية: البكر إذا بلغت فاخترت الفرقة فالقاضي لا يحكم بها إلا بعد أن تحلف بالله إنها اختارت الفرقة حين بلغت وإن لم يطلب الزوج، وهذا عند أبي يوسف لا عندهما.

(١) انظر تفصيل هذه المسائل في شرح المجلة للأكاسي في توضيح المادة - ١٧٤٦ وقد ذكر فيه زيادة على ما ذكر مسألة الإباق أن مدعي الإباق يحلف مع البينة بالله تعالى إنه باق على ملكه إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة.

٢٧٦- المادة: الثالثة: المشتري إذا أراد رد المبيع بالعيب على بائعه يحلف بالله إنك لم ترض بالعيب ولا عرضته على البيع مذ رأته وإن لم يطلب البائع، هذا عند أبي يوسف لا عندهما. (الأصول القضائية).

٢٧٧- المادة: الرابعة: المرأة إذا طلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة في مال الزوج الغائب لا يفرض لها إلا بعد أن تحلف بالله إنه لم يطلقها ولم يترك لها شيئاً ولا أعطاها النفقة حين خرج، وفي فصول العمادي يجب أن تكون مسألة النفقة في قولهم جميعاً.

٢٧٨- المادة: الخامسة: المستحق إذا استحق عيناً في يد آخر؛ فإنه لا يحكم له بها إلا بعد أن يحلف بالله ما باعها ولا وهبها ولا تصدق بها وإن لم يطلب الخصم، هذا عند أبي يوسف لا عندهما.

٢٧٩- المادة: السادسة: من ادعى ديناً أو عيناً على ميت لا يحكم له بما يدعي إلا بعد أن يحلف بالله إنه ما استوفى حقه لا بذاته ولا بالواسطة وهذا بالاتفاق.

الفصل الثاني في بيان الأمور التي لا تحليف فيها عند الإمام^(١)

٢٨٠- المادة: قال الإمام -رحمه الله تعالى-: لا يجري الاستحلاف في الأشياء

السبعة الآتية، وقال صاحبان -رحمهما الله تعالى-: يجري فيها:

الأول منها: النكاح صورته أن يدعي رجل على امرأة أنها زوجته وهي منكرة ولا بينة له وطلب تحليفها على نفي دعواه أو تدعي امرأة على رجل أنها زوجته وهو ينكر وطلبت تحليفه فلا يحلف المنكر في هاتين الصورتين عند الإمام خلافاً لهما.

٢٨١- المادة: الثاني: الرجعة وهي أن تدعي المرأة بعد انقضاء عدتها: أن زوجها راجعها في العدة، وهو ينكر، ولا بينة لها وطلبت تحليفه، أو يدعي الرجل بعد انقضاء عدتها: أنه راجعها في العدة، وهي تنكر، ولا بينة له فلا حلف فيهما عند الإمام خلافاً لهما.

٢٨٢- المادة: الثالث: الفبي مثلاً أن يدعي الرجل على المرأة التي آلى منها بعد مضي مدة الإيلاء: أنه فاء ورجع إليها في المدة، وهي تنكر، ولا بينة له وطلب تحليفه، أو تدعي هي عليه كذلك وهو ينكر فلا حلف عند الإمام خلافاً لهما.

٢٨٣- المادة: الرابع: النسب مثلاً أن يدعي رجل على آخر: أنه أبوه، وهو ينكر، ولا بينة للمدعي وطلب تحليفه، أو يدعي على آخر: أنه ابنه، وهو ينكر، ولا بينة له وطلب تحليفه فالجواب كما مر.

(١) هذا الاختلاف بناء على الاختلاف في النكول؛ فإنه عنده بذل والبذل لا يجري في هذه الأشياء، وعندهما إقرار، والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندري بالشبهات، واللعان في معنى الحد، فعدم الاستحلاف في الحدود واللعان اتفاقي، كذا في البحر.

٢٨٤- المادة: وقس على ذلك دعوى الرق والولاء والاستيلاء فلا تحليف فيها. ^(١)

(التكملة).

واختار المتأخرون أن المنكر إن كان متعنتاً يحلف؛ أخذاً بقولهما وإلا أخذ بقول

الإمام. ^(٢)

الأشياء التي يحلف فيها مع إقامة البينة

٢٨٥- المادة: المسألة الأولى: رجل ادعى ديناً في التركة وأثبتته بالبينة فالقاضي لا

يحكم له بهذا الدين إلا بعد أن يحلف بالله ما استوفى دينه من المديون الميت ولا من أحد أداه إليه عنه، ولا قبضه قبض بأمره، ولا أبراه منه ولا من شيء منه، ولا أحيل به أو بشيء منه، ولا عنده به أو بشيء منه رهن، ومثل ذلك أي حق ادعى في التركة وأثبتته بالبينة وهذا بالاتفاق، وهذه اليمين ليس بحق الوارث بل للتركة؛ لجواز أن يكون للميت غريم آخر، أو موصى له وهذه اليمين واجبة حتى لو لم يحلفه القاضي وحكم به لم ينفذ حكمه.

٢٨٦- المادة: المسألة الثانية: رجل ادعى استحقاقاً في مبيع وأثبتته بالبينة فالقاضي يحلفه

بالله أنه ما باعه، ولا وهبه، ولا تصدق به، ولا خرجت العين من ملكه، وإن لم يطلب الخصم عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - خلافاً لهما؛ فإن عندهما يحلف بشرط طلب الخصم.

٢٨٧- المادة: المسألة الثالثة: رجل ادعى ملكية عبد آبق وبرهن يحلفه القاضي بالله إنه

باق على ملكه إلى الآن، لم يخرج ببيع ولا هبة. (الأصول).

^(١) وصورة الرق أن يدعي على مجهول الحال: أنه قن، أو يدعي مجهول الحال على رجل: أنه عبده،

وصورة الولاء أن يدعي: أنه مولاة الأسفل أو الأعلى، وصورة الاستيلاء أن تقول الجارية: أنا أم ولد

لمولاي، وهذا ابني منه، وأنكر المولى.

^(٢) وأطلق بعضهم الفتوى على قولهما، وفي البحر: واختار المتأخرون من مشايخنا على أن القاضي ينظر

في حال المدعي عليه فإن رآه متعنتاً يحلفه؛ أخذاً بقولهما، وإن رآه مظلوماً لا يحلفه؛ أخذاً بقول أبي

حنيفة، وفي الولوالجية الفتوى على قولهما، وهو اختيار الفقيه أبي الليث، آه. (ج ٧ ص ٢٠٨).

الفصل الثالث في التحليف على العلم أو البتات

٢٨٨- المادة: الدعوى إما أن تكون على فعل المدعى عليه من كل وجه، أو على فعل غير المدعى عليه من كل وجه، أو على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غير المدعى عليه من وجه آخر، فإن كان على فعل المدعى عليه من كل وجه كأن ادعى عليه: أنه سرق أو غصب أو قتل أو ما أشبه ذلك، أو وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه بأن قال له المدعى: اشتريت مني أو استأجرت مني أو ما أشبه ذلك وأنكر المدعى عليه وعجز المدعى عن البينة وطلب اليمين، فإن القاضي يحلفه على البتات والجزم لا على العلم فيحلف بالله ما سرق أو ما غصب أو ما قتل وهكذا.

٢٨٩- المادة: وأما إذا وقعت الدعوى على فعل غير المدعى عليه من كل وجه كما إذا ادعى على وارث: أن أباه أتلف له شيئاً أو سرق أو غصب وما أشبه ذلك، وأنكر المدعى عليه وطلب المدعى يمينه، فإن القاضي يحلفه على العلم دون البتات؛ لأن علم المرء لا يحيط بأفعال غيره فيحلفه بالله ما يعلم أن أباه سرق أو غصب. ^(١)

^(١) يستثنى من هذا الرد بالعيب، فإن المشتري إذا ادعى على البائع أن العبد آبق وأثبت إباقه في يد نفسه، وادعى أنه آبق في يد البائع، وأراد تحليف البائع يحلف البائع على البتات بالله ما آبق في يده، مع أن الإباق فعل العبد؛ لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب، والتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات كذا في شرح المجلة للأتاسي، وفيه أيضاً: ثم إنما يحلف في فعل الغير على العلم إذا قال المنكر: لا علم لي بذلك، وأما إذا قال: لي علم بذلك فيحلف على البتات، آه أمثلته:

١- إذا ادعى المستودع بأن المودع قد قبض الوديعة التي لديه وأنكر المودع ذلك فيحلف المستودع على البتات.

٢- إذا أقر الوكيل بالبيع بعد بيعه المال حسب الوكالة وتسليمه إلى المشتري بأن موكله قد قبض الثمن وأنكر الموكل القبض فيحلف الوكيل على أن موكله قد قبض الثمن. (دور الحكام).

٢٩٠- المادة: وكل موضع وجبت اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبراً، فلو حلف لا تندفع عنه الخصومة، ولو نكل لا يقضي عليه بالحق، ولو وجبت على العلم فحلف على البتات فحلف اعتبرت هذه اليمين وسقط عنه الحلف بالعلم؛ لأن البتات أقوى، وإن نكل لا يحكم عليه بذلك النكول؛ لأنه حكم على يمين غير مستحقة.

الفصل الرابع في كيفية اليمين

٢٩١- المادة: يحلف المنكر بالله تعالى لا بالطلاق ولا العتاق على الصحيح، وقيل:

يحلف بهما؛ لفساد الزمان وقلة مبالاة الناس في الحلف بالله^(١) لكنهم اتفقوا لو نكل على الحلف بالطلاق والعتاق فلا يحكم بسبب هذا النكول فلا فائدة في التحليف لما ذكر^(٢).
(الأصول القضائية).

٢٩٢- المادة: والمدعى عليه إما أن يكون مسلماً أو كافراً، فالمسلم يحلفه القاضي

بالله تعالى وخير بين أن يغلف بذكر شيء من صفاته وبين أن يخفف، وقيل: يغلف إن كان فاسقاً، ويخفف إن كان صالحاً لكن لا يغلف بزمان ولا مكان.

^(١) وهو خلاف الظاهر الرواية كما في البحر، والعمل بخلاف ظاهر الرواية جازر عند الحاجة، في البحر: وفي منية المفتي لم يجزه أكثر مشايخنا، وإن مست إليه الضرورة يفتي أن الرأي فيه للقاضي اتباعاً للبعض اهـ. (ج ٧ ص ٢١٣).

^(٢) في البحر: وفي خزانة المفتين: فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل، وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه على قول الأكثر اهـ. وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر: من أنه لا تحليف بهما، فلا اعتبار بنكوله عنهما، وأما من قال بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به؛ لأن التحليف بهما لرجاء النكول فيقضى به، وإلا فلا فائدة، انتهى، واعتمد على ما في البحر صاحب التنوير كما في الدر المختار، لكن رد عليه ابن عابدين حيث قال في منحة الخالق: والظاهر من كلام الزيلعي خلافه حيث قال: وقال بعضهم: يسوغ للقاضي أن يحلفه بهما إذا ألح الخصم لكن إذا نكل لا يقضى عليه بالنكول، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ. اهـ، قال: وفي حاشية أبي السعود: وفي الدر عن مصنف التنوير: أنه اعتمد ما في البحر لكن نقل السيد الحموي عن العلامة المقدسي ما محصله أن فائدة التحليف بهما على القول بأنه يجوز، وإن كان لا يقضى عليه بالنكول اطمئنان خاطر المدعي إذا حلف فربما كان مشتبهاً عليه الأمر بنسيان ونحوه فإذا حلف له بهما صدقه. اهـ، قلت: بل في الغالب يمتنع عنه إذا كان كاذباً خوفاً من طلاق زوجته وعتق عبده فله فائدة تأمل، انتهى عبارة المنحة. (ج ٧ ص ٢١٣، كذا في رد المحتار).

٢٩٣- المادة: وإن كان كافراً فالنصراني يحلفه القاضي بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى -عليه السلام-، واليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى -عليه السلام-، وغير هؤلاء من أهل الشرك يحلف بالله تعالى فقط، ولم يذكروا الدهري لكن قواعدهم تقتضي تحليفه بالله تعالى ^(١)، هذا كله إذا كان ناطقاً.

٢٩٤- المادة: وإن كان أخرس حلفه القاضي بقوله: عليك عهد الله تعالى إذا كان لهذا عليك حق فإن أشار بنعم كان يميناً وإن أشار بلا كان نكولاً. ^(٢) (من المحل المدبور).

^(١) في شرح المجلة للأتماسي بعد ذكر كيفية تحليف اليهودي والنصراني: ثم التحليف بالكيفية المتقدمة إنما هي في حق الملل الغير المسلمة الذين يعترفون بوجود الصانع -جل وعلا-، وأما الدهرية والزنادقة والإباحية ممن لا يعترفون بواجب الوجود -سبحانه وتعالى- فقيم يحلف أولئك الضالون الخاسرون؟ قال عبد الحلیم في حاشيته على الدرر: إنهم إلى يومنا هذا لم يتجاسروا لإظهار نحلهم ومعتقداتهم حقق الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة، آه، (ج ٥ ص ٤٠٤) فيعلم منه أنهم إذا لم يقدرُوا على إظهار مللهم ألحقوا بالمشرکین فيعدون منهم حكماً على أنه قد صرح في بعض الكتب أنهم يقرون به تعالى ولكن ينفون القدرة عنه تعالى، فظهر أن الكفرة بإسرههم يعتقدون الله تعالى فيستحلفون بالله تعالى سواء كان المستحلب ممن يعتقد الله تعالى أولاً؛ فإنه وإن لم يعلم الله تعالى فإن الله تعالى يعلمه، فإذا حلف به كاذباً فالله تعالى يقطع دابره، كذا في تكملة ردالمحتار ج ١ ص ٣٥٦) وأما الصائبة فإن كانوا يؤمنون بإدريس -عليه السلام- استحلفوا بالذي أنزل الصحف على إدريس -عليه السلام-، وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذي خلق الكواكب. (التكملة).

^(٢) ولو أصماً أيضاً كتب له ليحييه بخطه إن عرفه وإلا فإشارته، ولو أعمى أيضاً فأبوه أو وصيه، ثم من نصبه القاضي، ويكون مخصصاً من قولهم: إن النيابة لا تجري في الحلف. (تكملة ردالمحتار ج ١ ص ٣٥٦).

(تمة): اعلم أن النكول نوعان: حقيقة، وحكما، أما حقيقة: أن يقول المدعى عليه: لا أحلف. فالقاضي يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بالمال. فيقول في كل مرة: أحلف وإلا قضيت عليك بالمال. وإنما قدره بثلاث مرات؛ ليكون أبلغ في إبلاغ العذر، فإن قضى =

القاضي بنكوله في المرة الأولى لقد قضاؤه؛ لأن نكوله معتبر للتورع عن اليمين الكاذبة، فقد وجد دليل القضاء، لكن الإمهال وترك الاستعجال أولى، وأما النكول حكماً؛ وهو أن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات وسكت في كل مرة ولم يجبه يجعله ناكلاً؛ لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه؛ ألا يرى أنه لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضي مجيباً له، كذا هذا. (معين الحكام).

الفصل الخامس في التحالف

٢٩٥- المادة: اختلف المتعاقدان في قدر الثمن أو المبيع قضي لمن برهن، وإن برهنا فلمثبت الزيادة: ففي قدر الثمن للبائع وفي قدر المبيع للمشتري، وإن عجزا تحالفا، وبدء بيمين المشتري، ومن نكل لزمه دعوى الآخر، وإن تحالفا والمبيع قائم فسخ القاضي بطلب أحدهما، ولو اختلف الزوجان في قدر المهر قضي لمن برهن، وإن برهنا فللمرأة، وإن عجزا تحالفا ولم يفسخ النكاح بل يحكم بمهر المثل فقضي بقوله نفسه لو كان مهر المثل كما قال أو أقل ويقولها لو كان مهر المثل كما قالها أو أكثر وقضي مهر المثل لو بينهما. (كنز بتغير).

٢٩٦- المادة: وإن اختلفا في الأجل، أو في شرط الخيار، أو في قبض بعض الثمن، أو بعد هلاك المبيع أو بعضه، أو في رأس المال بعد إقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه. (كنز).

الباب السابع في الحجج الخطية والقرينة القاطعة

٢٩٧- المادة: السندات والوثائق الخطية معتبرة لإثبات الدعاوي بشرط أن تكون مأمونة من الجعل والتزوير وأن تكون مرسومة أي مكتوبة على وفق الرسم والعادة، وبه أفتى قاري الهداية والشيخ ابن الهمام، وجرى عليه القاضي أبو علي النسفي، كذا في الأصول القضائية ص (٢٧٧).

٢٩٨- المادة: إذا كتب أحد سنداً أو استكتبه وأعطاه لأحد ممضي عليه مختوماً يكون معتبراً كإقراره الشفاهي؛ لأنه إقرار بالكتابة إن كان مرسوماً أي موافقاً للرسم والعادة، والوثائق التي تعلم القبض المسماة بالأصول أيضاً معتبرة، وكذا القيود التي في دفاتر التجار، وقد مر مفصلاً في فصل الإقرار بالكتابة، كذا في المجلة الشرعية في الأحكام العدلية.

٢٩٩- المادة: القضاء بالقرينة القاطعة كما إذا رأينا إنساناً خارجاً من دار خالية عن السكان وهو خائف متغير اللون مرتعش الجسم وبيده سكين ملوثة بالدماء فدخلنا الدار فوجدنا فيها إنساناً مقتولاً ذبح في الحال فإنا نحكم بذلك أن الرجل الخارج هو القاتل بدون الاحتياج إلى دليل آخر، هذا ما ذكره ابن الغرسي نقله صاحب تكملة رد المحتار، واختاره في المجلة حيث قال: فلا يشبه في كون الرجل الخارج قاتل ذلك الشخص، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة كالذهاب إلى كون الشخص ربما قتل نفسه^(١)، وقال الخبير

^(١) في المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ص ٨٥: ثم إن الحكم الشرعي المنصوص عليه في هذه المسألة وجوب الدية على الخارج، فقد نصوا على أنه إذا كان رجلان في بيت لا ثالث معهما فوجد أحدهما قتيلاً يضمن الآخر الدية؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه، أه قلت: يظهر من هذا أنه لا يثبت بالإمارة الواضحة ما يندرا بالشبهات، والله تعالى أعلم.

اعلم أن الأمارات دليل من دلائل الشرع لا خلاف في الحكم بها، يدل على اعتبارها الكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله تعالى: {وَجَاؤَا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبَّرْ جَمِيلاً وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ} [سورة يوسف - ١٨] قال القرطبي في تفسيره: قال علماؤنا -رحمة الله=

الرملي وهذا غريب خارج عن العادة، وتردد فيه صاحب التكملة، وعندى أنها حجة؛ لأنها كالبیان، واحتمال أن المقتول قتل نفسه ليس بأقرب من احتمال كذب الشاهدين على القتل، وكما أنه لا يقدح هذا لا يقدح ذلك أيضاً إلا أنها لا تكفي للقصاص وهو يندرى بالشبهة، وحجية الشاهدين من النص فتكفي بخلاف حجية القرينة القاطعة.

=عليهم:- لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التخريق؛ إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التخريق، ولما تأمل يعقوب -عليه السلام- القميص فلم يجد فيه خرقاً ولا أثراً استدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان هذا الذئب حكيماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص، انتهى.

وأما السنة فإن النبي -صلى الله عليه وسلم- حكم بموجب اللوث في القسامة وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين رجلاً ويستحقوا دم المقتول، فاستدل الفقهاء من ذلك على إعمال الأمارات في مسائل كثيرة من الفقه. (انظر شرحي المجلة لعلي حيدر والأناسي ومعين الأحكام).

والقرينة القاطعة هي القرينة الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، ولا اعتبارها في الشرع أمثلة كثيرة في كتب الفقهاء:

منها: أن الفقهاء كلهم يقولون: بجواز وطء الرجل المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه فلانة بنت فلان التي عقدت عليها، وإن لم يستطع النساء أن هذه امرأته اعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة.

ومنها: القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام ليس إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة فقدمت على أصل براءة الذمة.

ومنها: أن صاحب المنزل إذا قدم الطعام للضيف جاز له الإقدام على الأكل، وإن لم يأذن لفظاً إذا علم أن صاحب الطعام قدمه له خاصة، وليس ثم غائب ينتظر حضوره اعتباراً بدلالة الحال الجارية مجرى القطع.

ومنها: إذا قتل أحد شخصاً دخل إلى منزله فقال القاتل: إن المقتول رجل فاسق سارق وقد دخل داري بقصد قتلي، فإذا كان المقتول معروفاً بالجرائم والفسق والسرقة فلا يلزم القاتل قصاص ولكن تلزمه الدية

استحساناً؛ لأن دلالة الحال وإن كانت توجب الشبهة في القصاص إلا أنها لا توجهها في المال.

الباب الثامن في علم القاضي

٣٠٠- المادة: القاضي إن علم الحادثة فإما حصل له العلم في زمان قضائه ومكانه، أو قبل زمان قضائه، أو زمان قضائه في غير مكانه، ففي الصورة الأولى يجوز قضاءه بالاتفاق في غير الحدود الخالصة كالمال والقتل والقذف وما أشبه ذلك ^(١)، وفي الصورتين الأخيرتين لا يجوز القضاء عند الإمام في شيء أصلاً، وقال صاحبان: يجوز فيما عدا الحدود الخالصة، وقد أفتى المتأخرون أن لا يقضي القاضي بعلمه في زماننا؛ لفساد في القضاة والعمل على ذلك. (الأصول القضائية).

^(١) هذا إذا كان علمه في مكان القضاء وزمانه من غير دلائل القضاء من المعاينة وسماع الأقوال مثلاً، وأما إن كان من دلائل القضاء مثل إقرار المدعى عليه بشروطه يقضي بها في الحدود أيضاً؛ فإن هذا القضاء يكون بناء على الإقرار لا على علم القاضي، وأكثر العلماء نظراً لفساد الزمان لا يعدون علم القاضي مطلقاً طريقاً للقضاء ومن أسباب الحكم؛ لأن القاضي إذا حكم بعلمه يلقي نفسه تحت التهمة ويدعو إلى سوء الظن به ويكره أن يوجب أحد سوء ظن الناس فيه، والفتوى عليه في هذا الزمان، كما ذكر في كتب الفقه.

الباب التاسع في الوكالة بالخصومة

٣٠١- المادة: الوكالة إقامة الغير مقام نفسه في التصرف ممن يملكه إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبياً، أجمعوا على أن الموكل لو كان غائبا مدة السفر أو مريضاً أو امرأة مخدرة وهي أنثى لا تخالط الرجال بكرة كانت أو ثيباً فيجوز له أن يوكل مدعياً كان أو مدعى عليه. (هندية باب التوكيل بالخصومة، والتكملة).

٣٠٢- المادة: والموكل لو أراد أن يوكل من غير رضى الخصم فلا يلزم عند الإمام، ويلزم عند الصاحبين حتى يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل، والفقيه أبو الليث اختار قولهما للفتوى كذا في خزانة المفتين، قال العتاي: هو المختار، والذي يختار في هذه المسألة أنه إذا علم القاضي الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك منه إلا برضى الخصم، وفي الدر المختار الفتوى تفويضه للحاكم، وفي التكملة الرد عن الحلواني نحن نقتي أن الرأي إلى القاضي. ^(١)

٣٠٣- المادة: وصح التوكيل باثبات جميع الحقوق وإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص؛ فإن الوكالة في استيفاء الحدود والقصاص واللعان عند غيبة الموكل لا تصح؛ لاحتمال العفو عند حضوره. (التكملة). ^(٢)

^(١) يعني: والذي يختار في هذه المسألة من الجواب أن القاضي إذا علم بالمدعي التعت في إباء التوكيل لا يمكنه من ذلك، ويقبل التوكيل من الخصم، وإذا علم بالموكل قصد الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك منه إلا برضا الخصم. (الهندية ج ٣ ص ٦١٥ - ورد المختار ج ٥ ص ٥١٢).

^(٢) يعني تجوز الوكالة بإثبات جميع الحقوق إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات، وكذا تجوز في إيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص، أما الوكالة بإيفائها فعدم صحتها مطلقاً: أي مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر بين؛ لأن إيفاءها إنما يكون بتسليم النفس أو البدن لإقامة العقوبة الواجبة، وهذا لا يصح إلا من الجاني، إذ إقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح، وأما باستيفائها فيجوز عند حضور الموكل فلذا صرح بنفي صحة الاستيفاء مع غيبة الموكل، كذا في فتح القدير.

٣٠٤- المادة: الوكيل بالخصومة والتقاضى لا يملك القبض ^(١)، والوكيل بالقبض يملك الخصومة ويقبض العين لا يملك الخصومة ^(٢)، ويصح التوكيل بالاستحلاف دون الحلف. (كنز).

٣٠٥- المادة: إقرار الوكيل على موكله يعتبر إن كان في حضور الحاكم وإلا فلا. ^(٣)
٣٠٦- المادة: إذا وكل أحد آخر واستثنى إقراره عليه يجوز، فلو أقر في حضور الحاكم ينعزل من الوكالة. ^(٤)

^(١) يعنى الوكيل بالخصومة والتقاضى أى المطالبة لا يملك القبض؛ لأن الخصومة غير الغرض حقيقة وهي لإظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو ألد الناس خصومة، ويختار في القبض من هو أولى الناس أمانة، فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه، هذا قول زفر - رحمه الله تعالى -، وقال علماؤنا الثلاثة - رحمهم الله -: يملك القبض عينا كان أو ديناً؛ لأن الوكيل بالشئ وكيل بإتمامه، وإتمامهما يكون بالقبض، والفتوى اليوم على قول زفر - رحمه الله تعالى -؛ لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء. (بين الحقائق).

^(٢) هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل، وكذا إذا جحد الغريم فأقام الوكيل البينة عليه تقبل، والوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين: أن الموكل باعه العين لم تقبل بينته إلا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب، وعندهما الوكيل بقبض الدين والعين لا يملك الخصومة؛ لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بها، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقول الأئمة الثلاثة، في شرح المجلة للأناسي: والحق أن قولهما أقوى.

^(٣) المجلة المادة - ١٥١٧ - هذا مفيد بغير الحد والقود فلا يصح إقرار الوكيل على موكله بهما؛ للشبهة. (شرحي المجلة لعلي حيدر والأناسي).

^(٤) المجلة المادة - ١٥١٨ - وكذا يصح استثناء الإنكار؛ لأن الموكل ربما يضره الإنكار بأن كان المدعى به أمانة ولو جحدها الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة، ولو استثنى الإقرار =

٣٠٧- المادة: للموكل أن يعزل وكيله، وكذا للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة لكن إن تعلق حق الغير كمديون وكل رجلاً ببيع المرهون الذي بيد الدائن لأداء الدين فليس له ولا لموكله عزله بدون رضى المرتهن، وكما لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي وغاب ليس له عزله في غيابه.

٣٠٨- المادة: إذا عزل الموكل الوكيل يبقى على وكالته إلى أن يصل إليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً إلى ذلك الوقت.

٣٠٩- المادة: للموكل أن يعزل وكيله بقبض الدين في غياب المديون لكن إن كان الدائن وكله في حضور المديون فلا يصح عزله بدون علم المديون وعلى هذه الصورة إذا أعطى المديون الدين من دون أن يعلم عزله يبرأ.

٣١٠- المادة: تنتهي الوكالة بانتهاء الموكل به وينعزل الوكيل عزلاً حكماً.

٣١١- المادة: ينعزل الوكيل بوفاة الموكل لكن إذا تعلق به حق الغير لا ينعزل كما مر.

٣١٢- المادة: الوكالة لا تورث يعني إذا مات الوكيل يزول حكم الوكالة ولا يقوم وارث

الوكيل مقامه.

٣١٣- المادة: تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل. (المجلة).

=والإنكار جميعاً فعند البعض لا تصح؛ لأنه لم يبق فرد تحت هذه الوكالة، وتصح عند البعض؛ لأنه يبقى السكوت تحتها. (شرح المجلة لعلي حيدر والآتاسي).

الباب العاشر في الصلح والإبراء

الفصل الأول

٣١٤- المادة: الصلح هو العقد الذي يرفع النزاع بالتراضي^(١) فالذي يعقد الصلح هو المصالح، وبدل الصلح هو المصالح عليه، والشئ المدعى به هو المصالح عنه. ثم الصلح على ثلاثة أقسام: صلح على إقرار المدعى عليه، و صلح على إنكاره، و صلح على سكوته بأن لا يقر ولا ينكر، والصلح يصح في سوى الحدود.^(٢)

٣١٥- المادة: الإبراء على أربعة أقسام:
إبراء إسقاط، وهو أن يرى أحد بإسقاط تمام حقه الذي عند المدعى عليه.
وإبراء استيفاء، وهو عبارة عن اعتراف أحد بقبض حقه الذي عند الآخر.
وإبراء عام، وهو إبراء أحد من كافة الدعاوي.

^(١) المجلة المادة - ١٥٣١ - هذا تعريف الصلح، يستفاد منه أنه يصح الصلح في الدعوى الفاسدة كالدعوى التي يكون فيها تناقض؛ لأنه يتحقق النزاع أيضا في الدعوى الفاسدة، والصلح إنما شرع لدفع النزاع، وإن يكن أن بعض الفقهاء قال: بأنه لا يجوز الصلح في الدعوى الفاسدة؛ لأن الصلح هو لافتداء اليمين الذي يترتب في الدعوى الصحيحة لكن هذا القول غير مختار؛ لأن الدعوى الفاسدة قابلة للتصحيح فترتب عليها اليمين في الجملة، بخلاف الباطلة؛ فإنه لا يصح الصلح فيها، وهي الدعوى الغير القابلة للتصحيح، مثل لو ادعى أخ المتوفى بطلب حصة إرثية مع وجود ولد للمتوفى فاصطلح عن دعواه مع ابن المتوفى على مال فلا يصح الصلح. (درر الحکام).

^(٢) لأنها من حقوق الله تعالى وليس لأحد أن يتصرف فيها، وكذا في كل ما يعود نفعه للعامة مثل هدم الحائط المائل للانهدام على الطريق العام بعد التقدم، فإذا تقدم أحد لصاحب المائل للانهدام على الطريق العام حسب الأصول، ثم صالح مع صاحب الحائط فلا يصح، كذا في درر الحکام.

وابراء خاص، وهو إبراء أحد من دعوى متعلقة بحق خاص كدار وأرض (المجلة).^(١)
 ٣١٦-المادة: يشترط أن يكون المصالح عاقلاً، ولا يشترط أن يكون بالغاً فلا يصح
 صلح مجنون والمعتوه والصبي الغير المميز، ويصح صلح الصبي المأذون، وكذا صلح ولي
 الصبي من جانبه إن لم يكن في الصلح ضرر بين للصبي، فعلى هذا لو ادعى على صبي كذا
 دراهم فصالح الصبي أو أبوه بكذا دراهم يصح إن كانت للمدعي بينة، وإن لم تكن له بينة
 فلا يصح الصلح. (المجلة).^(٢)

^(١) المجلة المادة - ١٥٣٦ - ١٥٣٧ - ١٥٣٨ - اعلم أن هذه الأقسام لتقسمين: الأول باعتبار إطلاق
 لفظ الإبراء؛ فإن لفظه يطلق على إبراء الإسقاط وهو المبحوث عنه في كتاب الصلح، وكذا يطلق على
 إبراء الاستيفاء وهو نوع من الإقرار، والثاني تقسيم باعتبار المتعلق؛ فإنه إما يتعلق بالحق الخاص أو يتعلق
 بعامة الحقوق.

^(٢) المجلة المادة - ١٥٣٩ - ١٥٤٠ - في صلح الصبي المأذون وكذا في صلح وليه أربعة احتمالات:
 الأول: أن يكون في صلحه نفع.
 الثاني: أن لا يكون فيه نفع ولا ضرر.
 الثالث: أن يكون فيه ضرر غير بين.
 الرابع: أن يكون فيه ضرر بين.

وفي الاحتمالات الثلاثة الأولى يكون الصلح صحيحاً، وأما في الاحتمال الرابع فلا يصح، كما إذا ادعى
 أحد على الصبي المأذون شيئاً وكان للمدعي بينة يصح صلحه حتى لو كان المدعى به ديناً وكان بدل
 الصلح بمقدار المدعى به، أو كان المدعى به عيناً وكان البدل المذكور بقيمة المدعى به أو كان زائداً عن
 قيمته بفن يسير، وفي الصورة الأولى والثانية ليس في الصلح نفع أو ضرر، وفي الصورة الثالثة يوجد ضرر
 غير بين، أما إذا كان في الصلح ضرر بين كالصلح بتزليل ثمن المبيع بغير عيب فلا يصح.

٣١٧- المادة: لا يصح إبراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقاً، والوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح. (المجلة).^(١)

٣١٨- المادة: إن كان بدل الصلح عيناً فهو في حكم المبيع، وإن كان ديناً فهو في حكم الثمن، فما يصلح لأن يكون مبيعاً أو ثمناً يصلح أن يكون بدل الصلح.

٣١٩- المادة: يشترط أن يكون بدل الصلح مال المصالح قَلَو أعطى مال غيره لا يصح الصلح. (أي ما لم يجز ذلك الغير).

٣٢٠- المادة: يلزم أن يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين إن كانا محتاجين إلى القبض والتسليم وإلا فلا، قَلَو ادعى أحد حقاً في الدار التي هي في يد الآخر وادعى هذا حقاً في بستان كان في يد الأول، وتصالحا أن يترك كلاهما دعوبهما بدون تعيين ما لكل واحد منهما من الحق يصح؛ لعدم الحاجة إلى القبض، وقس على ذلك. (المجلة).

^(١) المجلة المادة - ١٥٤١ - ١٥٤٢ - والمقصود من هذا الإبراء إبراء الإسقاط أما إبراء الصبي المأذون إبراء استيفاء فهو صحيح. (درر الحكام).

الفصل الثاني في الصلح عن الأعيان

٣٢١- المادة: إن وقع الصلح على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع، فيجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط، وكذلك تجري دعوى الشفعة إن كان المصالح عليه والمصالح عنه عقاراً، وإذا استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرجع المدعى عليه بقدر ذلك من بدل الصلح على المدعى وبالعكس، يعني إذا استحق كل بدل الصلح أو بعضه من المدعى فيطلب هو من المدعى عليه ذلك المقدار، وحكم هلاك بدل الصلح قبل التسليم كحكم الاستحقاق.

٣٢٢- المادة: وإن وقع الصلح عن إقرار على المنفعة مثلاً صالح أحد مع الآخر عن دعوى الأرض على أن يسكن المدعى في دار المدعى عليه مدة كذا فهو في حكم الإجارة.

٣٢٣- المادة: الصلح عن الإنكار أو السكوت فهو في حق المدعى معاوضة وفي حق المدعى عليه خلاص وفداء من اليمين، فعلى هذا تجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه، وإذا استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرد المدعى إلى المدعى عليه مقدار ذلك ويخاصم المستحق، وإذا استحق كل بدل الصلح أو بعضه يرجع المدعى بذلك المقدار إلى دعواه. ^(١)

^(١) المجلة المادة - ١٥٥٠ - أي أن المال الذي أخذه المدعى هو عوض عن ماله بزعمه، فيكون في حكم البيع ولذلك فبدل الصلح حلال له إن كان صادقاً في دعواه، أما إذا كان كاذباً في دعواه فلا يحل له بدل الصلح ديانة، وأما في حق المدعى عليه ليس بمعاوضة بل خلاص من اليمين وقطع للمنازعة؛ لأن في زعمه أن المدعى غير محق ومبطل في دعواه، وأن إعطاءه العوض له هو للخلاص من اليمين؛ حيث لو لم يعط العوض لبقى النزاع، ولزمه اليمين وهذه العلة ظاهرة في الإنكار، أما السكوت فيحتمل الإقرار والإنكار معاً إلا أنه حسب القاعدة الأصل فراغ الدمة ترجح جهة الإنكار، كذا في شرح المجلة للأناسي.

٣٢٤- المادة: يصح الصلح بإعطاء بدل لأجل الخلاص من اليمين في دعوى الحقوق كدعوى حق الشرب والشفعة والمرور. ^(١)

٣٢٥- المادة: إذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع، فليس للمدعي حق في الدعوى وليس للمدعى عليه استرداد بدله، وإذا مات أحد الطرفين فليس لورثته فسخ صلحه. ^(٢)

^(١) المجلة المادة - ١٥٥٥ - اعلم أن الصلح في هذه الثلاثة على وجهين:

الأول: الصلح عن دعاها فيجوز لأجل الخلاص من اليمين في دعاها.

الثاني: الصلح عن نفس هذه الحقوق، فهو على هذا التفصيل، الصلح عن نفس حق الشرب وحق المرور جائز؛ لأنهما حقان يقبلان الاعتياض، وأما الصلح عن نفس حق الشفعة فلا يجوز؛ لأنه لا يجوز الاعتياض عن حق الشفعة، كذا في درر الحكام.

^(٢) المجلة المادة - ١٥٥٦ - ١٥٥٧ - لأن الصلح من العقود اللازمة فلذلك إذا تم الصلح عن إقرار، أو عن إنكار، أو عن سكوت فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع عنه، وإذا لم يكن للمورث فسخه فليس للوارث أيضاً فسخه.

الفصل الثالث في احكام الإبراء

٣٢٦- المادة: ليس للإبراء شمول لما بعده يعني يسقط به الحقوق التي قبل الإبراء وله دعوى حقوقه الحادثة بعد الإبراء. ^(١)

٣٢٧- المادة: إذا باع أحد مالا وقبض ثمنه وأبرأ كل من البائع والمشتري الآخر عن جميع الدعاوي التي تتعلق بالمبيع أو الثمن، ثم استحق المبيع فلا يكون للإبراء تأثير ويسترد الثمن؛ لأن الشيء إذا بطل بطل ما في ضمنه والإبراء كان في ضمن البيع وقد بطل باستحقاق المبيع.

٣٢٨- المادة: لو قال أحد: أبرأت كافة مديونيني، أو ليس لي عند أحد حق فلا يصح الإبراء؛ لأن المبرئين لا بد أن يكونوا معلومين معينين بخلاف ما لو قال: أبرأت أهالي المحلة الفلانية وهم معدودون معلومون يصح الإبراء. ^(٢)

٣٢٩- المادة: لا يتوقف الإبراء على القبول ويسترد بالرد، ويصح إبراء الميت من دينه.

٣٣٠- المادة: لو أبرأ الذي في مرض موته أحد ورثته لا يصح، ولو أبرأ الأجنبي يصح من ثلث ماله.

٣٣١- المادة: إذا أبرأ من تركة مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مديونيه لا يصح الإبراء. (المجلة). ^(٣)

^(١) المجلة المادة - ١٥٦٣ - لأن الإبراء فرع لثبوت الحق فإذا لم يثبت الحق فلا يكون الإبراء صحيحا.

^(٢) المجلة المادة - ١٥٦٧ - أي يجب أن يكون المبرءون معلومين ومعينين، سواء كان الإبراء إسقاطا أم استيفاء؛ لأن الإبراء هو من وجه تمليك، ويجب أن يكون المملكون معلومين إلا أنه لا يجب أن يكون الحق المبرأ منه، والمسقط معلوما، فلذلك لا تمنع الجهالة في الدين صحة الإبراء.

^(٣) المجلة المادة - ١٥٧١ - لأن هذا الإبراء هو الوصية، والوصية مؤخرة عن تأدية الدين ففي هذه الصورة لا يجوز إبرأؤه لكل الدين، أو من بعضه.

الباب الحادي عشر في التحكيم^(١)

٣٣٢- المادة: يشترط أن يكون الحَكَم من أهل الشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم أيضا فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي، ويجوز تحكيم الذمي بين الذميين.^(٢)

٣٣٣- المادة: يجوز التحكيم في الأموال وحقوق الناس دون حقوق الله تعالى كالمحدود، وذكر الخصاف: ولا يجوز التحكيم في القصاص، وذكر في الأصل يجوز في القصاص، كذا في الهندية في باب التحكيم.^(٣)

٣٣٤- المادة: ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين الذين حكماه دون غيرهما.^(٤)

(١) التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما؛ لفصل خصومتها ودعواهما ويقال لذلك: حكم بفتحين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة. (المجلة المادة - ١٧٩٠).

(٢) وفي الهداية: والفاسق إذا حُكِمَ يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى، آه في البناية: أي في القاضي الفاسق المولى، يعني إذا حكم الفاسق ينبغي أن يجوز قیاما على الفاسق إذا ولي القضاء، ولكن لا ينبغي أن يتولى الفاسق القضاء، وكذا لا يحكم الفاسق. (ج ٩ ص ٥٩).

(٣) الهندية ج ٣ ص ٣٩٧ وفي رد المحتار ج ٤ ص ٣٨٧: وقول الخصاف هو الصحيح كما في الفتح، وما في المحيط من جوازه فيه؛ لأنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية؛ لأن فيه حق الله تعالى أيضا وإن كان الغالب حق العبد وكذا ما اختاره السرخسي من جوازه في حق القذف ضعيف بالأولى؛ لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح، كذا في البحر ج ٧ ص ٢٦.

(٤) لأن حكمه إنما ينفذ في حق من رضي بحكمه، ولا يتعدى إلى من لم يرض بحكمه، فلذا لا يجوز حكمه في دم الخطأ؛ لأن العاقلة لم ترض به، وإن قضى بالدية على القاتل لا يجوز؛ لأنه مخالف لحكم الشرع إلا أن يكون القاتل أقر بالقتل خطأ فحينئذ يجوز حكمه بالدية عليه أو كان القاتل ممن لا عاقلة له.

ولكل من المحكمين الرجوع قبل الحكم، وإذا حكم لزمهما إذا كان موافقاً لأصول الشرع، كذا في المجلة. ^(١)

٣٣٥- المادة: إذا تعدد المحكمون يلزم اتفاق رأي كلهم وليس لواحد أن يحكم وحده. (من المحل المزبور).

٣٣٦- المادة: لا يجوز التحكيم معلقاً ولا مضافاً إلى وقت مستقبل، وعليه الفتوى، كذا في الهندية في باب التحكيم. ^(٢)

٣٣٧- المادة: يجوز تحكيم المرأة في غير القصاص. (من المحل المزبور)

^(١) لأنه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما كما أن المقلد من جهة الإمام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس، ولا يقال: إن التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب أن لا يصح عزله إلا باتفاقهما؛ لانا نقول: التحكيم من الأمور الجائزة من غير لزوم فيستبد أحدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات، كذا في التبيين ج ٤ ص ١٩٣.

^(٢) الهندية ج ٣ ص ٣٩٨ - هذا قول أبي يوسف - رحمه الله تعالى - وعليه الفتوى، وقال محمد - رحمه الله تعالى - : يصح، صورة التعليق أن يقولوا لعبد، أو كافر: إذا أعتقت، أو أسلمت فاحكم بيننا، وصورة الإضافة إلى وقت مستقبل أن يقولوا لرجل: إذا أهل الشهر فاحكم بيننا.

(تمة): إذا رفع الخصمان حكمه إلى القاضي وتحاكما عنده نفذه إن وافق للمذهب الحنفي؛ لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه، ثم فائدة هذا الإمضاء أنه يصير حكم القضاء حينئذ، وإن لم يوافق له نقضه؛ لأن الخصمين ما حكماءه إلا ليحكم بالمذهب الحنفي، في الفوائد الزينية، ص ١٦٢ - نقلاً عن فتح القدير: والقاضي المقلد إنما ولاه الإمام ليحكم بمذهب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - فلا يملك المخالفة ويكون معزولاً بالنسبة إلى الحكم المخالف، آه وإذا كان حكم القاضي هذا فكذا حكم المحكم.

الباب الثاني عشر في القضاء

الفصل الأول

٣٣٨- المادة: يجب على الإمام أن يختار من الناس للقضاء من هو أولى به لحديث: من قلد غيره عملاً وفي رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين. (١)

يشترط للقضاء الشروط الآتية:

٣٣٩- المادة: الشرط الأول: الإسلام فلا يصح قضاء الكافر إلا أن يقضي على أهل الذمة فيجوز؛ لأنه أهل الشهادة عليهم فكذا أهل للقضاء عليهم أيضاً، وليس هو بأهل للشهادة على المسلمين فكذلك ليس هو بأهل للقضاء عليهم.

٣٤٠- المادة: الشرط الثاني: العقل فلا يصح تولية المجنون والصبي الذي لا يعقل القضاء.

٣٤١- المادة: الشرط الثالث: البلوغ فلا يصح قضاء الصبي وإن عقل.

٣٤٢- المادة: الشرط الرابع: الحرية فلا يصح قضاء العبد لعدم الولاية.

(١) لم أجده في كتب الأحاديث بهذا اللفظ فلعله نقل بالمعنى كما هو عادة أكثر الفقهاء، وروى البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما- مرفوعاً بلفظ: من استعمل عاملاً من المسلمين وهو يعلم أن فيهم أولى بذلك منه وأعلم بكتاب الله وسنة نبيه فقد خان الله، ورسوله، وجميع المسلمين " الرقم (٢٠٣٦٤) وكذا ابن أبي عاصم في السنة الرقم (١٤٦٢).

وأخرج الحاكم في مستدركه عن يزيد بن أبي سفيان، قال: قال لي أبو بكر الصديق، -رضي الله عنه-: حين بعثني إلى الشام: يا يزيد، إن لك قرابة عسيت أن تؤثرهم بالإمارة ذلك أكثر ما أخاف عليك، فقد قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «من ولي من أمر المسلمين شيئاً فأمر عليهم أحداً محاباة فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً حتى يدخله جهنم» الرقم (٧٠٢٤).

٣٤٣- المادة: الشرط الخامس: البصر فلا يصح قضاء الأعمى؛ لعدم إمكانه التمييز بين الطرفين.

٣٤٤- المادة: الشرط السادس: النطق فلا يصح قضاء الأخرس.

٣٤٥- المادة: الشرط السابع: السمع فلا يصح قضاء الأصم، والأطرش الذي يسمع القوي من الصوت يجوز توليته القضاء على الأصح. ^(١)

٣٤٦- المادة: الشرط الثامن: عدم الحد في القذف فلو كان محدوداً في قذف لم يجز قضاءه؛ لعدم جواز شهادته.

٣٤٧- المادة: الشرط التاسع: الذكورة فقضاء الأنثى غير صحيح في الحدود والقصاص، وبصح في غيرهما، والخشى في ذلك كالأنثى.

٣٤٨- المادة: الشرط العاشر: أن لا تكون تولية عهدة القضاء بالرشوة سواء كان دفعها القاضي أو قومه.

٣٤٩- المادة: الشرط الحادي عشر: أن لا يكون المقضي له ممن لا تقبل شهادته للقاضي كقضائه لأصوله وإن علوا، وفروعه وإن سفلوا، أو لزوجته ولشريكه وقس على هذا.

٣٥٠- المادة: الشرط الثاني عشر: أن يكون المقضي عليه حاضراً وقت القضاء إما بنفسه أو بنائيه ^(٢) إلا في صورة الإقرار بأن أقر المدعى عليه ثم غاب فيحكم عليه بإقراره

^(١) أخذت الشرائط المتقدمة من المجلة المادة - ١٧٩٤) وأخذ جميع هذه الشروط من قول صاحب الكنز وغيره: "أهل أهل الشهادة"؛ لأن كلا منهما يثبت الولاية على الغير فكانا من باب واحد، وليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة؛ ليلزم منه بناء القوي على الضعيف، فلذلك لا يصح حكم القاضي على عدوه ولا ينفذ حتى أنه لو أثبت المحكوم بعد حكم القاضي عداوة القاضي له يبطل حكم القاضي، كذا في درر الحكام.

^(٢) أما ما روي أن النبي - عليه الصلاة والسلام - قال لهند امرأة أبي سفيان حين قالت له: إن أبي سفيان رجل شحيح، لا يعطيني ما يكفيني وولدي، "خذني من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف" فلم-

بالإجماع كما في جامع الفصولين، أو في صورة إقامة البينة بأن حضر المدعى عليه فانكر فبرهن عليه ثم غاب يحكم عليه عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى -، وهذا أرفق بالناس، وكذا إذا غاب الوكيل، أو في صورة القضاء على المسخر وهي إذا توارى المدعى عليه فيبعث القاضي رسولاً مع شاهدين إلى منزله وينادي الرسول ثلاثة أيام أن القاضي يقول لك: أحضر مع خصمك فلان وإلا نصبت لك وكيلاً وقبلت بينته عليك، فإن لم يخرج نصب له وكيلاً وسمع شهود المدعي وحكم عليه بمحضر وكيله، وكل من كان غائباً لا يمكن إحضاره فحكمه حكم المتواري المذكور، وإرسال ثلاث أوراق في ثلاثة أيام مشتملة على مضمون المناداة المذكورة سواء كان غائباً أو متواريّاً يكفي^(١) كما في الأصول القضائية ص ٢٩٢ -

= يمكن على وجه القضاء، وإنما كان على وجه الفتيا، والإخبار بما يسعها فعله فيما بينها وبين الله تعالى، والدليل على ذلك: أن النبي - عليه الصلاة والسلام - لم يسألها البينة على ما ادعت على أبي سفيان، من منع حقها من النفقة، ومعلوم أن النبي - عليه الصلاة والسلام - لم يكن ليصدقها على دعواها بغير بينة، فعلم أن ذلك لم يكن على جهة القضاء، كذا في شرح مختصر الطحاوي للجصاص.

^(١) يعني إرسال ثلاث أوراق في أيام مختلفة يكفي لإظهار تمرد المدعى عليه، ويقام مقام ثلاث منادات، وفي درر الأحكام في شرح المادة - ١٨٣٣ -: وكانت أصول هذه الدعوى في الأوائل أن يرسل المحضر إلى المدعى عليه فيبلغه شفاهياً، أما في زماننا فدعوة الخصم إلى المحاكمة تحصل بإرسال ورقة تدعى (دعوتية) تبلغ إلى المدعى عليه بواسطة المحضر.

ولا بد في الورقة الدعوتية من كتابة المرسل إليه المدعى عليه والمدعى بشهرتهما المكمل والمُدعى به وتعين المحكمة وتعين وقت الحضور، وإيضاً يكتب أخطرك بلزوم الحضور إلى هذه المحكمة في تلك الساعة أو بإرسال وكيل عنك وفي حال عدم إجابتك سيعين وكيل مسخر عنك وتجري المحاكمة في غيابك وسيحكم عليك في حال ثبوت الدعوى، ويرسل هذه الورقة ثلاث مرات في أيام مختلفة، ولا بد من ثبوت وصول هذه الأوراق إلى المدعى عليه وإنكاره من الحضور وإرسال نائبه إلى المحكمة بينة، وفي درر الأحكام: شروط الحكم الغيابي: =

إلا في صورة أراد المدعي أن يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب عنده مثلاً اشترى من المدعي شيئاً فغاب قبل قبضه غيبة منقطعة فلا يشترط حضور الخصم بل جاز للقاضي بعد إقامة البينة من المدعي أن يحكم ببيع المبيع وإيفاء الثمن من غير حاجة إلى حضور الخصم أو نصب وكيل.

١- أن يمتنع المدعي عليه عن الحضور إلى المحكمة وعن إرسال وكيل عنه لها وأن يكون غير ممكن جلبه وإحضاره.

٢- أن يرسل إليه من طرف القاضي ورقة إحضار على ثلاث مرات في أيام مختلفة.

٣- أن ينصب القاضي وكيلاً عن الخصم المتواري وأن يستمع دعوى المدعي في مواجهة ذلك الوكيل، وحكم الحكم الغيابي أن ينفذ الحكم المذكور إن لم يعترض المدعي عليه أو اعترض وكان اعتراضه غير صالح للقبول، بعد أن يبلغ الإعلام الغيابي للمدعي عليه، آه.

الفصل الثاني في مسائل تقليد القضاء

يصح تقليد القضاء بلا شرط ويصح تعليقه بالشرط مثلاً إذا قال إن قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها صح.

٣٥١- المادة: يجوز إضافة تقليد القضاء إلى زمن مستقبل مثلاً قال له جعلتك قاضياً رأس شهر كذا فإذا جاء الرأس صار قاضياً.

٣٥٢- المادة: يجوز توقيت نفس القضاء بزمان فإذا قال له أنت قاضي هذه البلدة هذا الشهر صح وصار قاضياً بقدره.

٣٥٣- المادة: ويجوز تخصيص القضاء بمكان فإذا قلد السلطان قضاء بلدة كذا لا يصير قاضياً في غيرها.

٣٥٤- المادة: ويجوز استثناء بعض الخصومات أو سماع خصومة رجل بعينه، وإذا حصل ذلك لم يصر قاضياً في المستثنيات. ^(١)

٣٥٥- المادة: ويجوز ربط نفس القضاء بالشرط مثلاً شرط عليه أن لا ترشي ولا تمثل أمر أحد على خلاف الشرع فإذا فعل شيئاً من ذلك لا يبقى قاضياً. ^(٢)

^(١) هذه المواد الأربع المتقدمة مأخوذة من المجلة المادة - ١٨٠١ - القضاء يتفقد ويتخصص بالزمان أو المكان واستثناء بعض الخصومات الخ.

^(٢) في المحيط البرهاني: إذا قال السلطان لرجل: جعلتك نائبي في القضاء بشرط أن لا ترشي، ولا تشرب الخمر، ولا تميل أمر أحد على خلاف الشرع فالتقليد صحيح والشرط صحيح، وإذا فعل شيئاً من ذلك لا يبقى قاضياً؛ لأن تقدير هذا الكلام أنت نائبي ما دمت لا تشرب ولا ترشي ولا تميل أمر أحد على مخالفة الشرع، فهذا تقليد مؤقت معنى، ومثل هذا التقليد صحيح، فإذا وجد الوقت ينتهي التقليد، آه. (ج ٨ ص ١٦) وهذه المادة أيضاً مأخوذة من المادة - ١٨٠١ - من المجلة.

٣٥٦- المادة: ويصح تقليد القضاء من الأمير سواء كان عادلاً أو جائراً مؤمناً أو كافراً بشرط أن لا يكون مانعاً من العدل ^(١)، ولا يصح التقليد من العوام؛ لأن ولاية القضاء مستمدة ممن له الغلبة والقهر والقوة لا من الأفراد. ^(٢)

٣٥٧- المادة: لا يجوز للقاضي أن يستخلف غيره ما لم يؤذن له في ذلك صراحة أو دلالة. ^(٣)

٣٥٨- المادة: ويجوز تولية شخصين أو أكثر لقضاء بلدة واحدة ^(٤) ومتى حصل ذلك لم يجز لأحدهما القضاء وحده بدون الآخر كالوكيلين، كذا في الأصول القضائية.

٣٥٩- المادة: إذا كان في المصر قاضيان كل منهما في محلة علىحدة ووقعت خصومة بين رجلين أحدهما في محلة والآخر في محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي

^(١) وفي الدر المختار: ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ولو كافراً ذكره مسكين وغيره إلا إذا كان يمنعه عن القضاء بالحق فيحرم، آه وفي ردالمحتار: في التارخانية الإسلام ليس بشرط فيه أي في السلطان الذي يقلد، آه. (ج ٤ ص ٣٤٢).

^(٢) في ردالمحتار: وفي الفتح: وإذا لم يكن سلطان، ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم، ويجعلونه والياً فيولى قاضياً ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا إماماً يصلي بهم الجمعة اهـ. وهذا هو الذي تظمن النفس إليه فليعتمد، آه.

^(٣) المجلة المادة - ١٨٠٥ - الإذن صراحة كقول السلطان للقاضي: وكل من شئت واعزل من شئت، والإذن دلالة كقول السلطان للقاضي: قد نصبك قاضياً للقضاة؛ لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاء تقليداً وعزلاً، وإذا كان قضاء القاضي المأذون مقيداً بزمان أو مكان أو خصومة فكذا يتقيد قضاء نال به. (درر الحكام).

^(٤) المجلة المادة - ١٨٠٢ - سواء توليتهم صراحة أو دلالة كان ينصب السلطان قاضيين لمحكمة.

محلته والآخر ياباه قال أبو يوسف - رحمه الله تعالى: العبرة للمدعي، وقال محمد - رحمه الله تعالى - العبرة للمدعى عليه، وعليه الفتوى، كذا في أول لسان الحكام والبرازية.^(١)

٣٦٠- المادة: وكل موضع يوجد فيه القضاة من المذاهب الأربع وتنازع الخصمان في اختيار القاضي فالاعتبار للمدعى عليه على المفتي به، قال صاحب البحر: وبه أفتيت مرارا. (تكملة ردالمحتار ج ١ ص ٢٨٦).^(٢)

^(١) المجلة المادة - ١٨٠٣ - المفتي به أن العبرة لاختيار المدعى عليه وهو قول محمد - رحمه الله تعالى -؛ لأن الأصل براءة الذمة وأن المدعى عليه طالب بسلامة نفسه بدفع دعوى المدعى أما المدعى فهو راغب في أخذ حق من المدعى عليه، كذا في درر الحكام.
^(٢) البحر من كتاب الدعوى ج ٧ ص ١٩١.

الفصل الثالث في أنواع القضاء

٣٦١- المادة: القضاء نوعان: قصدي، وضميني، مثلاً ادعى رجل على آخر بالف قرض، وشهد الشهود بذلك على المدعى عليه، وذكروا اسم المدعى عليه واسم أبيه وجده، وقضى القاضي بعد ذلك بالحق المدعى به كان ذلك قضاء بالالف قصداً، وينسب المدعى عليه ضمناً، فالقضاء القصدي يشترط فيه الدعوى، والقضاء الضميني لا يشترط فيه الدعوى، وكذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في دعوى كذا دراهم على خصم منكر، وقضى القاضي بتوكيلها، فالقضاء بالتوكيل قضاء قصدي والقضاء بالزوجية بينهما قضاء ضميني، وقس على ذلك.

الفصل الرابع في الكلام على القاضي المجتهد

٣٦٢- المادة: إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد وأفضى رأيه في حادثة إلى شيء وجب عليه العمل برأيه وإن خالف رأي غيره من المجتهدين، ولا يجوز له أن يتبع رأي غيره؛ لأنه مأمور بالقضاء بالحق الذي أدى إليه اجتهاده، وهو الحق عند الله تعالى ظاهراً بالنسبة إليه، فإذا قضى بغيره كان قضاء بالباطل.

٣٦٣- المادة: قال في الفتح: لو قضى في المجتهد فيه ناسياً لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - رواية واحدة، وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين أي وجهي النسيان والعمد، والفتوى على قولهما، وفي الفتاوى الصغرى: أن الفتوى على قوله ^(١) وقال ابن عابدين: والأوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما.

(١) فتح القدير ج ٧ ص ٣٠٦ ثم قال: فقد اختلفت الفتوى. والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما؛ لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناسي؛ فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، آه.

الفصل الخامس في الكلام على القاضي المقلد

٣٦٤- المادة: تقليد القضاء كما يجوز للمجتهد يجوز للمقلد كالحنفي والشافعي،
وحينئذ يجب عليه أن يقضي بما يوافق مذهبه حتى لو قضى بما يخالفه كان قضاء باطلاً،
ويستوي في ذلك العمدة والنسيان، ولكن ذكر في أدب القضاء فيما إذا قضى بمذهب غيره
ثامناً: خلافاً وهو أن يصح قضاءه عند أبي حنيفة خلافاً لهما. ^(١)

^(١) المعتمد في هذا الزمان أن حكم القاضي بخلاف مذهب إمامه لا ينفذ، وكذا بالقول الضعيف؛ لأنه
قال ابن عابدين في رد المحتار: إنما ولاءه ليحكم بمذهب أبي حنيفة فلا يملك المخالفة، فيكون معزولاً
بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ. قال في الشرنبلالية عن البرهان: وهذا صريح الحق الذي يعرض عليه بالنواجد
آه ثم قال: قلت: وتقييد السلطان له بذلك غير قيد؛ لما قاله العلامة قاسم في تصحيحه: من أن الحكم
والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع آه. وقال العلامة قاسم في فتاواه: وليس للقاضي المقلد أن
يحكم بالضعيف؛ لأنه ليس من أهل الترجيح فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل ولو حكم لا
ينفذ؛ لأن قضاءه قضاء بغير الحق؛ لأن الحق هو الصحيح، وما وقع من أن القول الضعيف يتقوى
بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين في موضعه اهـ. (ج ٤ ص ٣٧٢).

الفصل السادس في أقسام القضاء وما يرد منها وما لا يرد^(١)

٣٦٥- المادة: حكم القاضي على خلاف النص كالحكم بحل متروكة التسمية عمداً، أو على خلاف السنة المشهورة كالحكم بتحليل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد المحلل بلا دخول، أو على خلاف الإجماع كالحكم بصحة نكاح المتعة باطل، ولكل قاض نقضه إذا رفع إليه.

٣٦٦- المادة: حكم القاضي في محل الاجتهاد كما لو قضى شافعي بشهادة المحدودين في قذف، أو قضى بالبينة القائمة بلا وكيل عنه ينفذ، وإذا رفع إلى قاض آخر لا يراه كحنفي أمضاه ولا يطله، وهذا مما يكون الاختلاف في طريق الحكم، وقد يكون الاختلاف في نفس الحكم، وسيأتي حكمه.

٣٦٧- المادة: وإذا كان الخلاف في نفس الحكم لا في طريقه كما إذا قضى لولده أو لامراته على أجنبي فقيل: ينفذ ولا يتوقف على إمضاء قاض آخر، وحكى ابن الشحنة ترجيحه، وقيل: يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر وهو الصحيح وبه جزم في الخانية فإذا رفع إلى الثاني فأمضاه يصير كأن القاضي الثاني قضى في فصل المجتهد فيه، فليس للثالث نقضه، ولو أبطله الثاني بطل وليس لأحد أن يجيزه.

(١) خلاصة هذا الفصل ما قال ابن الهمام في التقرير والتحير: قضاء القضاة على ثلاثة أقسام: قسم منه: أن يقضي بخلاف النص، والإجماع وهذا باطل ليس لأحد أن يجيزه ولكل واحد من القضاة نقضه إذا رفع إليه.

وقسم منه: أن يقضي في موضع مختلف فيه، وفي هذا ينفذ قضاؤه وليس لأحد نقضه. وقسم منه: أن يقضي بشيء يتعين فيه الخلاف بعد القضاء أي يكون الخلاف في نفس القضاء فبعضهم يقولون: نفذ قضاؤه، وبعضهم يقولون: بل يتوقف على إمضاء قاض آخر إن أجاز له جاز وبصير كأن القاضي الثاني قضى في مختلف فيه وليس للثالث نقضه، وإن أبطله الثاني بطل، وليس لأحد يجيزه انتهى. (ج ٣ ص ٣٢٤).

الفصل السابع في قضاء القاضي بشهادة الزور

٣٦٨- المادة: الأمور التي يقضي فيها القاضي أربعة أقسام:

الأول: العقود كنكاح وبيع وإجارة ورهن.

والثاني: الفسوخ والمراد بها ما يرفع بها حكم العقد كالإقالة والطلاق وغيرهما.

والثالث: الأملاك المرسلة وهي التي لم يذكر لها سبب معين.

والرابع: الأملاك الغير المرسلة وهي ما ذكر لها سبب معين كالبيع والنكاح والإجارة.

٣٦٩- المادة: لو قضى القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ ولم تكن الشهود

جامعين لشروط صحة الشهادة بأن ظهر أنهم كفار أو محدودون في قذف أو غير ذلك لا ينفذ القضاء إجماعاً لا ظاهراً ولا باطناً. ^(١)

٣٧٠- المادة: ولو علم القاضي بكذبهم فقضاءه في هذه الصورة أيضاً لا ينفذ لا

ظاهراً ولا باطناً؛ لعدم شرط القضاء وهو الشهادة الصادقة في زعم القاضي.

٣٧١- المادة: ولو لم يكن المحل قابلاً للإنشاء كشهادة الزور على نكاح امرأة وهي

منكوحة الغير أو معتدته أو على نكاح امرأة مرتدة لم ينفذ القضاء باطناً إجماعاً.

٣٧٢- المادة: ولو قضى بشهادة الزور فيما عدا المذكور كمن أقام بينة زور على امرأة

أنه تزوجها، أو ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت بينة زور وحكم القاضي بتلك

الشهادة فالقضاء ينفذ ظاهراً وباطناً عند الإمام، وقال صاحبان وزفر والثلاثة: ينفذ ظاهراً لا

باطناً وعليه الفتوى. ^(٢)

^(١) كذا في ردالمحتار، لأنها ليست بحجة أصلاً بخلاف الفساق على ما عرف، وإمكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة، والمراد بالنفاذ الظاهري النفاذ عند القاضي، وبالباطني النفاذ فيما بينه وبين الله تعالى.

^(٢) يعني حل للمدعي وطؤها ولها التمكين عنده، لا عندهما لأنه غير نافذ باطناً لأن شهادة الزور حجة ظاهراً لا باطناً، وفي البحر: وقال الفقيه أبو الليث الفتوى على قولهما، وفي فتح القدير من النكاح

٣٧٣- المادة: لو كانت شهادة الزور في الأملاك المرسلة، أو الدين الذي لم يبين سببه، وحكم القاضي عليها لم ينفذ الحكم إلا ظاهراً فقط إجماعاً؛ لأن الملك لا بد له من سبب وليس بعض الأسباب أولى من بعض؛ لتزاحمها، فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء فلا يحل له الوطي والأكل واللبس، ومثل الأملاك المرسلة الإرث.^(١)

٣٧٤- المادة: وإن كانت شهادة الزور في الأملاك الغير المرسلة كملك ذكر سببه، فإما أن يكون سبباً يمكن إنشاءه كالبيع والنكاح والإجارة، أو سبباً لا يمكن إنشاءه كالإرث فإن كان الأول فقضاء القاضي ينفذ فيه ظاهراً وباطناً عند الإمام خلافاً لزفر والصاحبين والثلاثة، وإن كان الثاني لم ينفذ القضاء فيه باطناً اتفاقاً هذا كله إذا قضى بشهادة الزور أو النكول فلو قضى بيمين المدعى عليه وكان كاذباً فيها قالوا: لا ينفذ باطناً أصلاً، وصورة المسألة ادعت امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً، وهو ينكر، ولا بينة معها فحلفه القاضي فحكم بمنعها من دعواها وهي تعلم صدقها فيما قالت فهذا الحكم لا ينفذ باطناً فلا يسعها المقام معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئاً إذا مات.^(٢)

=وقول أبي حنيفة هو الوجه، وللنفاذ باطناً عنده شرطان الأول عدم علم القاضي بكذبهم فلو علم القاضي كذب الشهود لم ينفذ، الثاني كون المحل قابلاً فإذا كانت المرأة تحت زوج أو كانت معتدة أو مرتدة أو محرمة بمصاهرة أو برضاع لم ينفذ لأنه لا يقبل الإنشاء. (ج ٧ ص ١٥) وإلى هذين الشرطين إشارة في المادتين السابقتين.

^(١) ردالمحتار ج ٤ ص ٣٧١.

^(٢) ردالمحتار الموضع السابق.

الفصل الثامن في رجوع القاضي عن حكمه

٣٧٥- المادة: الخطأ الذي قضى به القاضي إما أن يختلف الفقهاء في كونه خطأ أو لا يختلفوا، الثاني يرجع عنه ويرده لا محالة، والأول يمضيه إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة.

٣٧٦- المادة: هذا هو الأصل، ولكنهم استثنوا منه مسائل يصح للقاضي رجوعه من قضائه.

٣٧٧- المادة: الأولى: لو قضى بعلمه مثلاً أقر عنده شخص لآخر بالف، ثم غابا عنه، ثم تداعى عنده اثنان، فحكم على أحدهما بالمال ظاناً أنه ذلك المقر، ثم تبين له أنه غيره وأراد أن ينقض حكمه، له ذلك، وهذا مبني على أن للقاضي العمل بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا؛ لفساد القضاة فيه.

٣٧٨- المادة: الثانية: إذا قضى ثم ظهر له خطاه في القضاء بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيداً أو محدودين في قذف ينقض قضاءه.

٣٧٩- المادة: الثالثة: إذا قضى بخلاف مذهبه على طبق ما مر سابقاً.

٣٨٠- المادة: الرابعة: يبطل القضاء إذا كذب المدعي نفسه أو أكذب شهوده ويقول فيهم: إنهم كذبة، أما لو فسقهم بغير الكذب بأن قال فيهم: بأنهم زناة أو شاربوا خمر أو أكلوا ربوا لا يبطل القضاء.^(١)

(١) المسائل الثلاث الأولى ذكرها ابن نجيم في الأشباه والنظائر (ص ١٩٩) وكذا في الدر المختار ورد المختار (ج ٤ ص ٣٨٣) وأما الرابعة فإن المدعي إذا كذب نفسه أبطل دعواه فيبطل القضاء، وكذا إذا أكذب شهوده، في المحيط البرهاني: تكذيب المشهود له الشهود وتفسيقه إياهم قبل القضاء يمنع القضاء، وتكذيبه وتفسيقه إياهم بعد القضاء يبطل القضاء آه. (ج ٨ ص ٣٨).

المواضع التي يجوز للقاضي فيها تأخير الحكم

٣٨١- المادة: الأصل أنه متى ثبت مقتضي الحكم كالشهادة مثلاً وجب على القاضي

أن يحكم فوراً إلا في أربع مسائل:

٣٨٢- المادة: الأولى: أن تكون ريبة في الشهود، من صورها أن يشهد عنده ثلاثة ثم

قال أحدهم: لقد كذبت في شهادتي وسمعه القاضي بدون تعيين، ولما سألهم قالوا: كلنا على شهادتنا؛ فإنه لا يقضي بشهادتهم ويؤخر حكمه حتى ينظر في ذلك.

٣٨٣- المادة: الثانية: إذا كان القاضي راجياً حصول الصلح سواء كانوا أجنباً أو

أقارب، فإنه يؤخر حكمه ويرد الخصمين، ولا يرد أكثر من مرتين فإن لم يصلحاً أنفذ القضاء.^(١)

٣٨٤- المادة: الثالثة: إذا استمهل المدعي من القاضي حتى يحضر بينته؛ فإنه يمهل

وكذلك إذا أقام المدعي البينة فاستمهل المدعى عليه حتى يأتي بالدفع؛ فإنه يمهل ولا يعجل بالحكم.

٣٨٥- المادة: الرابعة: إذا كان القاضي متردداً في المسألة الواقعة أمامه وبعث إلى أهل

مصر آخر يستفتيهم وكان منتظراً فتواهم؛ فإنه لا يأنم بتأخير القضاء.^(٢)

(١) قال عمر -رضي الله عنه-: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا؛ فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن" رواه البيهقي في السنن الكبرى الرقم (١١٣٦٠) في المبسوط للسرخسي -رحمه الله تعالى-: وفيه دليل أن القاضي لا ينبغي له أن يعجل وأنه مندوب إلى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شيء ويدعوهم إلى ذلك، فالفصل بطريق الصلح يكون أقرب إلى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن يستبين وجه القضاء، فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله إلا برضا الخصمين ولا يفعله إلا مرة أو مرتين؛ لما في الإطالة من الإضرار بمن ثبت الاستحقاق له في تأخير حقه، ولأن ذلك يجر إليه لومة الميل، وعلى القاضي أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه، آه. (ج ٢٠ ص ١٣٦).

(٢) الصور الثلاث الأولى ذكرها ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٩١، وكذا في الدر المختار وروا المختار والرابعة ذكرها ردالمحتار. (ج ٤ ص ٣٨٣).

الباب الثالث عشر في التعزير

٣٨٦- المادة: قال ابن القيم: اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية في العظم والصغر وحسب الجاني في الشرف وعدمه. (معين الأحكام).

٣٨٧- المادة: إذا تعدى السوقي وباع بأكثر من القيمة المقدرة يعزر على ذلك. (الفتاوى الأنقروية).

٣٨٨- المادة: يجوز التعزير بأخذ المال وهو مذهب أبي يوسف وبه قال مالك، ومن قال: إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته - صلى الله عليه وسلم - مبطل لدعوى نسخها، والمدعيون للنسخ ليس معهم سنة ولا إجماع. (من المحل المزبور من معين الأحكام).^(١)

^(١) اعلم أن التعزير بالمال على وجهين: الأول: التعزير بهلاك المال، والثاني: التعزير بأخذ المال، والأول مشروع لقوله تعالى: { وانظر إلى إلهك الذي ظلت عليه عاكفاً لنحرقنه } [سورة طه-٩٧]، لأن ما كان مشروعاً في الأمم الخالية فهو مشروع لنا إلا أن ثبت نسخه.

ولحديث أبي هريرة: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ: "وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَمُرَّ بِخَطْبٍ، فَيُخَطَّبَ، ثُمَّ أَمُرَّ بِالصَّلَاةِ، فَيُؤَذَّنَ لَهَا، ثُمَّ أَمُرَّ رَجُلًا فَيُؤْمَ النَّاسَ، ثُمَّ أُخَالِفَ إِلَى رِجَالٍ، فَأُحْرَقَ عَلَيْهِمْ بُيُوتُهُمْ، رواه البخاري [باب وجوب صلاة الجماعة].

في المسالك: قوله: " فأحرق عليهم بيوتهم " فيه بيان أنه هم أن يؤدب ياتلاف الأموال على سبيل الإبلاغ في النكابة، ويحتمل أن يريد: تشبيه عقوبتهم بعقوبة أهل الكفر في تحريق بيوتهم وتخریب ديارهم. (ج ٢ ص ٢٣).

وفي نصاب الاحتساب: هذا الحديث يدل على جواز إحراق بيت الذي يتخلف عن الجماعة؛ لأن الهم على المعصية لا يجوز من الرسول -صلى الله عليه وسلم-؛ لأنه معصية. (ص ٢٤٨).

«ومما يدل على جوازه: هدم مسجد الضرار وتحريقه كما في حديث طلق بن حبيب، قال: سمعت جابر بن عبد الله الأنصاري -رضي الله عنهما- يقول: «رأيت الدخان من مسجد الضرار حين أنهار» رواه الحاكم في مستدركه.

وأما الثاني فقليل: عند أبي يوسف -رحمه الله تعالى-، والراجح عدم جوازه؛ لأن هذا القول إما ضعيف أو ماوّل:

أما ضعفه: فلما قال ابن عابدين في ردالمحتار: قال في الفتح: وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال. وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز. اهـ. ومثله في المعراج، وظاهره أن ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف. قال في الشربلالية: ولا يفتى بهذا؛ لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه اهـ ومثله في شرح الوهبانية عن ابن وهبان، انتهى. (ج ٣ ص ١٩٥).

وأما تأويله: فلما قال ابن نجيم في البحر: وأفاد في البزاية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شيء من ماله عنه مدة؛ لينزجر، ثم يعيده الحاكم إليه لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة؛ إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي، وفي المجتبى: لم يذكر كيفية الأخذ وأرى أن يأخذها فيمسكها فإن آيس من توبته يصرفها إلى ما يرى، وفي شرح الآثار: التعزير بالمال كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ، والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال، اهـ. (ج ٥ ص ٤٤) كذا في ردالمحتار (ج ٣ ص ١٩٥).

استدل من قال بجوازه بحديث عامر بن سعد، أن سعدا ركب إلى قصره بالعقيق، فوجد عبدا يقطع شجرا، أو يخطه، فسلبه، فلما رجع سعد، جاءه أهل العبد فكلّموه أن يرد على غلامهم - أو عليهم - ما أخذ من غلامهم، فقال: «معاذ الله أن أرد شيئا نفلني رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وأبى أن يرد عليهم» رواه مسلم [باب فضل المدينة، ودعاء النبي -صلى الله عليه وسلم- فيها بالبركة، وبيان تحريمها، وتحريم صيدها وشجرها، وبيان حدود حرمها].

والجواب عنه أنه كان في وقت ما كانت العقوبات التي تجب بالمعاصي في الأموال، فمن ذلك ما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في الزكاة أنه قال: من أداها طائعا له أجرها ومن لا، أخذناها منه وشطر ماله، لم نسخ ذلك في وقت نسخ الربا. (العمدة ج ١٠ ص ٢٣٠).

٣٨٩- المادة: والتعزير يكون بالقول أي التوبيخ والضرب والحبس. (من المحل

المزبور).

أفطر مسلم مقيم في رمضان متعمداً يعزر ويحبس بعد ذلك. (تاتارخانية والفتاوى

الأنقروية).

٣٩٠- المادة: والتعزير بالضرب لا يبلغ إلى أربعين سوطاً عند أبي حنيفة - رحمه الله

تعالى - وبه قال الشافعي - رحمه الله تعالى -، وأجاز مالك - رحمه الله تعالى - التعزير فوق

الحد، وقال أحمد - رحمه الله تعالى - لا يضرب في التعزير فوق عشرة أسواط (معين الأحكام

ص ٢٣٢) من لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال (من حدود البزازية الفتاوى

الأنقروية ج ١ ص ١٥٦) ومن موجبات التعزير الزهد البارد، ضرب عمر - رضي الله تعالى

عنه - بالدرة من عرف تمره ملقاة في سوق المدينة، وقال: كُئل يا بارد، وفي القنية: من أكل

في رمضان شهرة متعمداً يؤمر بقتله، ووجهه ابن هبان بأنه مستهزء بالدين. (الفتاوى الأنقروية

ص ١٥٦).

- وكذا استدل بما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - والصحابة - رضي الله تعالى عنهم - من الأفضية

بالعقوبات المالية كما في كتب الحديث والسياسة الشرعية لكن أكثرها من باب إتلاف المال لا من باب

أخذ المال، فليراجع إلى المطولات.

والحاصل أن التعزير بأخذ المال غير جائز في الراجح من مذهبنا، والدلائل المثبتة له منسوخة، وبكفينا في

دعوى النسخ أقوال كبار الفقهاء - رحمهم الله تعالى -، وقد خطر في أثناء مطالعتي في وجه النسخ فإن

كان صواباً فمن الله تعالى وإلا فلا، وهو أن المراد من النسخ هنا انتهاء الحكم بانتهاؤه علته، والتعزير

يبنى على المصلحة فإذا تبدل المصلحة تبدل حكم التعزير، والمصلحة في هذا الزمان عدم التعزير بأخذ

المال كما مر في عبارة البحر ورد المحتار، والله تعالى أعلم.

الباب الرابع عشر في السجن^(١)

٣٩١- المادة: يحبس في كل دين^(٢) ما عدا دين الولد على أحد الأبوين أو الجد أو الجدة. (معين الأحكام).

(١) اعلم أن الحبس عقوبة مشرعة بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى في قطاع الطريق: {أو ينفوا من الأرض} [المائدة: ٣٣] والمراد به الحبس. وأما السنة: فلأنه - عليه الصلاة والسلام - «حبس رجلا بالتهمة».

وأما الإجماع: فلأن الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ومن بعدهم أجمعوا عليه إلا أن في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - وزمن أبي بكر وعمر وعثمان - رضي الله تعالى عنهم - لم يكن سجن، وكان يحبس في المسجد والدهليز وبالربط، ولما كان في زمن علي - رضي الله تعالى عنه - بنى السجن، وكان هو أول من بناه في الإسلام، وسمى السجن نافعا، ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه، وبنى سجنا آخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا:

ألا تراني كيسا مكيسا ... بنيت بعد نافع مخيسا ... بابا حصينا وأميننا كيسا

الكياسة: الظرافة، والكيس والمكيس الظريف، وقال في الصحاح: الرجل كيس مكيس أي ظريف، والنخيس الدلة، قال الجوهري: وخيسه تخيسا أي ذلّه ومنه المخيس، وهو اسم سجن أي موضع التذليل، والمراد من الأمين الكيس السجنان الظريف.

(٢) أي بعد أمره بدفع ما عليه وإبائه عن الدفع؛ ليظهر مظهره وظلمه، هذا إذا طلب المدعي حبه؛ لأنه حقه، والحبس في دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كضمن المبيع، أو التزمه بعقد كما التزمه بالكفالة لا يحتاج إلى إثبات المدعي غناه؛ لأن بالمال الذي حصل في يده أو التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته، وأما في غير ذلك مثل أروش الجنائيات وديون النفقات لا بد أن يثبت غريمه غناه إن ادعى الفقر، كذا في التبيين ج ٤ ص ١٨٠.

٣٩٢- المادة: المدعي إذا انكشف للحاكم أنه مبطل في دعواه فإنه يؤدبه وأقل ذلك الحبس؛ ليندفع بذلك أهل الباطل واللدود. ^(١) (معين الحكام).

٣٩٣- المادة: قال في المحيط: للقاضي أن يحبس الصبي الفاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد. ^(٢) (من المحل المزبور).

٣٩٤- المادة: إذا آذى أحد الخصمين صاحبه أو تشاتما عند القاضي فله حبسهما وتعزيرهما. ^(٣) (من المحل المزبور).

٣٩٥- المادة: يعزر الرجل إذا وجد في موضع التهمة بأن رآه الإمام يمشي مع السراق، ومع الفساق جالس لا يشرب الخمر لكنه معهم في مجلس الفسق (معين الحكام).

٣٩٦- المادة: من تكررت منه الجرائم ولم ينزجر بالحدود استدأماً حبسه إذا أضر الناس بجرائمه حتى يموت، ويقوته ويكسوه من بيت المال. (معين الحكام).

٣٩٧- المادة: وجد عند متهم بعض المتاع المسروق وادعى المتهم أنه اشتراه ولا بينة له فهم متهم بالسرقة ولا سبيل للمدعي إلا فيما في يده، فإن كان غير معروف بذلك فعلى السلطان حبسه والكشف عنه، وقد صح عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه حبس في تهمة، وإن كان معروفاً بالسرقة فإنه يطال في حبسه حتى يقر. (معين الحكام).

^(١) هذا بناء على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وكذا أكثر مواد هذا الباب بناء عليها، والظاهر أن مرادهم بالمبطل في دعواه: من تعمد البطل فيها، لا كل من ظهر أن الحق في جانب خصمه.

^(٢) لأن الصبي يؤدب؛ لينزجر عن الأفعال الدائمة.

^(٣) هذا إذا كان الأذى والشتم من الجالبيين، أما إذا كان من جانب واحد فالعزير للجاني فقط، ويجوز للقاضي العفو، في ردالمحتار: لو تشاتما بين يديه ولم ينتهيا بالنهي، إن حبسهما وعزيرهما فهو حسن؛ لأن لا يجترأ بذلك غيرهما فيذهب ماء وجه القاضي، وإن عفا عنهما فهو حسن؛ لأن العفو مندوب إليه في كل أمر أه.

٣٩٨- المادة: إذا رفع للقاضي رجل يعرف بالسرقة والدعارة، فادعى عليه بذلك رجل، فحبسه لاختبار ذلك، فأقر في السجن بما ادعى عليه من ذلك فذلك يلزمه، وهذا الحبس خارج عن الإكراه، قال في شرح التجريد في مثله: وإن خوفه بضرب سوط أو حبس يوم حتى يقر فليس هذا بإكراه، قال محمد: وليس في هذا وقت ولكن ما يجيء منه الاغتمام البين؛ لأن الناس متفاوتون في ذلك، فرب إنسان يغتم بحبس يوم، والآخر لا يغتم؛ لتفاوتهم في الشرف والدناءة، فيفوض ذلك إلى رأي كل قاض في زمانه. ^(١) (من المحل المزبور).

٣٩٩- المادة: رب المال لو أراد أن يحبس الكفيل له ذلك، ويحبس في الحدود والقصاص في مدة التزكية، وفي المنتقى: رجل جرح رجلاً هل يحبسه حتى يبرأ؟ إن كان الجرح فيه القصاص حبس، وإن لم يكن فيه القصاص إن برى لم يحبس ويستوثق منه. (معين الحكام).

٤٠٠- المادة: لا يضرب المديون ولا يغل ولا يقيد إلا أن يخاف فراره، كذا في المنتقى. (من المحل المزبور).

٤٠١- المادة: ولا يخرج لجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلاة جنازة ولا عيادة مريض، ويحبس في موضع وحش، ولا يبسط له فرش ولا غطاء، ولا يدخل عليه أحد ليستأنس به. ^(٢) (من المحل المزبور).

^(١) في لسان الحكام: وفي الولوالجي: إذا كان الرجل من الأشراف أو من الأجلاء أو من كبراء العلماء أو الرؤساء بحيث يستكف عن ضرب سوط أو حبس ساعة لم يجز إقراره؛ لأن مثل هذا الرجل يؤثر ألف درهم على ما يلحقه من الهوان بهذا القدر من الحبس والقيود فكان مكرهاً فأقراره ليس بحجة؛ لأن الإقرار حجة لترجح جانب الصدق فيه على جانب الكذب وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة، آه.

^(٢) في لسان الحكام: وفي الأقضية: ولا يمنع من دخول الجيران عليه وأهله؛ لاحتياجه إلى الشورى في القضاء، ولا يمكنون من المكث عنده طويلاً، وعن محمد أنه يخرج في موت والده وولده لا في غيرهما إذا لم يكن من يقوم عليهما وإلا لا، آه.

٤٠٢- المادة: ولو جن المحبوس قال أبو بكر الإسكاف: لا يخرج من الحبس، وفي واقعات الناطقي: لو مرض في الحبس وأضناه ولم يجد من يخدمه يخرج من الحبس، هكذا روي عن محمد، وعن أبي يوسف أنه لا يخرج من الحبس، والفتوى على رواية محمد. ^(١) (معين الأحكام).

٤٠٣- المادة: والحر يترك له دستان من الثياب ويباع الباقي في الدين، فإن كان له ثياب حسنة تباع ويشتري له بقدر الكفاية. ^(٢) (من المحل المزبور).

^(١) في البناية شرح الهداية: وفي الخلاصة: هذا إذا كان الغالب عليه الهلاك، والفتوى على قول محمد -رحمه الله-، وإنما يطلقه بكفيل، فإن لم يجد الكفيل لا يطلقه، فإن كفل رجل أطلقه وحضرة الخصم ليست بشرط، آه.

^(٢) في التبيين: وقالوا: إذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فإنه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه؛ لأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجميل، وعلى هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكناً يكفيه، آه.

المقالة الثانية في أحكام المناكحات

الباب الأول في النكاح

الفصل الأول

٤٠٤- المادة: يصح بإيجاب وقبول وكلاهما للماضي كزَوَّجْتُ نفسي أو بنتي أو مؤكثتي، فقال الآخر: تزوجت، أو أحدهما للماضي والآخر للاستقبال أو الحال كزواجني فقال: زوجت أو قبلت. ^(١) (ردالمحتار ج ٢ ص ٢٨٥).

وكذا ينعقد بكتابة الإيجاب والقبول من الغائب عن المجلس دون الحاضر، صورته كتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود قرأت عليهم، وقالت: زوجت نفسي منه. (ردالمحتار ج ٢ ص ٢٨٨).

٤٠٥- المادة: لو غلط وكيل المرأة في اسمها أو اسم أبيها لم يصح النكاح؛ للجهالة إلا إذا كانت حاضرة وأشار إليها. ^(٢) (من المحل المزبور ج ٢ ص ٢٩٨).

٤٠٦- المادة: يشترط للنكاح أن يكون المحل قابلاً وهي المرأة التي أحلها الشرع فلا يصح نكاح المشركة والمحارم والذكر والخنثى المشكل والجنية وإنسان الماء. ^(٣) (ردالمحتار ج ٢ ص ٢٨١).

^(١) هذا مثال للاستقبال وهو توكيل بالنكاح للمأمور معنى، ولو صرح بالتوكيل وقال: وكلتك بأن تزوجني نفسك مني، فقالت: زوجت، صح النكاح فكذا هنا، كذا في ردالمحتار، ومثال الحال المضارع كتزوجيني نفسك إذا لم ينبو به الاستقبال؛ لأنه يكون عند نية الاستقبال استيعاداً.

^(٢) الاستثناء راجع إلى المسألتين: أي فإنها لو كانت حاضرة أشارا إليها وغلط في اسم أبيها أو اسمها لا يضر؛ لأن تعريف الإشارة الحسية أقوى من التسمية؛ لما في التسمية من الاشتراك؛ لعارض فتلغو التسمية عندها، كذا في ردالمحتار.

^(٣) لا يجوز نكاح الخنثى المشكل؛ لجواز ذكوره، كذا لا يجوز نكاحه مع امرأة، وكذا لا يجوز نكاحه مع مثله، ولا يجوز نكاح الجنية وامرأة الماء؛ لإختلاف الجنس؛ لأن قوله تعالى: {والله جعل لكم من=

٤٠٧- المادة: الشهادة عند عامة العلماء شرط لجواز النكاح، كذا في البدائع، وشرط في الشاهد الحرية فلا ينعقد بحضور غير الحر، والعقل فلا يصح بحضور المجنون أو المعتوه، والبلوغ فلا يصح بحضور الصبيان، والإسلام فلا يكفي حضور الكافرين في نكاح المسلمين بخلاف نكاح الكافرين أو نكاح المسلم مع الكتائية؛ فإنه يصح بحضور الكافرين، ويصح النكاح بشهادة الفاسقين أو أعميين أو محدودين ^(١) (الهندية ملخصاً ج ١ ص ٢٦٧).

٤٠٨- المادة: قال: زوجني بنتك خاطباً أو جنتك لتزوجني: فقال الأب: زوجتك فالنكاح لازم وليس له أن لا يقبل. (منية المفتي للسجستاني في أول النكاح). ^(٢)

٤٠٩- المادة: وينعقد بحضور من لا تقبل له شهادته أصلاً كما إذا تزوج امرأة بشهادة ابنها، ويشترط في الشاهدين أن يسمعا كلامهما معاً، فلو سمعا كلام أحدهما دون الآخر، أو سمع أحدهما كلام الآخر والآخر كلام الآخر لا يجوز النكاح. (الهندية في أول النكاح ج ١ ص ٢٦٨).

٤١٠- المادة: وهل يشترط فهم الشاهدين العقد مثلاً تزوج امرأة بالغة العربية عند التركيين أو هنديين ولم يفهما؟ ففي الهندية الظاهر أنه يشترط الفهم مع السماع أيضاً كذا في السراج الوهاج وهو الصحيح، كذا في الجوهرة النيرة فلا يصح النكاح المذكور على الأصح. (الهندية ملخصاً ج ١ ص ٢٦٨).

= أنفكم أزواجاً [النحل: ٧٢] بين المراد من قوله: {فانكحوا ما طاب لكم من النساء} [النساء: ٣] وهو الأنثى من بنات آدم فلا يثبت حل غيرها بلا دليل، ولأن الجن يتشكلون بصور شتى فقد يكون ذكراً تشكل بشكل أنثى، كذا في رد المحتار.

^(١) سواء كانا محدودين في القذف وإن لم يتوبا، أو محدودين في الزنا، والأصل في هذا الباب أن كل من يصلح أن يكون ولياً في النكاح بولاية نفسه صلح أن يكون شاهداً ومن لا فلا، كذا في الهندية.

^(٢) كذا في التبيين ج ٢ ص ٩٦ والبدائع ج ٢ ص ٢٣١.

الفصل الثاني في المحرمات

٤١١- المادة: كل امرأة انتسبت إليك أو انتسبت إليها بالنسب أو الرضاع أو انتسما إلى شخص واحد بلا واسطة أو أحدهما بلا واسطة فهي حرام، وإن انتسبما إلى شخص بواسطة فلا. (منية المفتي في باب المحرمات).

٤١٢- المادة: فحرم تزوج أمه، وبنته وإن بعدتا، وأختها، وبنتها، وبنت أخيه، وعمته، وخالته، وأم امرأته، وبنتها إن دخل بها، وامرأة أبيه وابنه وإن بعدتا، والكل رضاعاً، والجمع بين الأختين وبين امرأتين أيتهما فرضت ذكراً حرم النكاح بينهما، ويجوز الحبل من زنا فقط لا من غيره، كذا في الكنز ملخصاً.

الفصل الثالث في الأولياء والأكفاء^(١) وغيرهما

(١) في المبسوط للسرخسي - رحمه الله تعالى - : اعلم أن الكفاءة في النكاح معتبرة من حيث النسب إلا على قول مفيان الثوري - رحمه الله تعالى - ؛ فإنه كان يقول : لا معتبر في الكفاءة من حيث النسب، وحبته في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : «الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى»، وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى : {إن أكرمكم عند الله أتقاكم} [الحجرات: ١٣] وحبتنا في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : «قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة قبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل»، وفي حديث جابر - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء» والمراد من النصوص التي رواها في أحكام الآخرة، وبه نقول : إن التفاضل في الآخرة بالتقوى، ويحكي عن الكرخي - رحمه الله تعالى - : أنه كان يقول : الأصح عندي أن لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلاً؛ لأن الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح، وهو الدماء، فلأن لا تعتبر في النكاح أولى، ولكن هذا ليس بصحيح.

والكفاءة في خمسة أشياء:

(أحدها: النسب.

والثاني: الكفاءة في الحرية.

والثالث: الكفاءة من حيث المال؛ فإن من لا يقدر على مهر امرأة وتنفقتها لا يكون كفواً لها؛ لأن المهر عوض بضعها، والنفقة تندفع بها حاجتها، وهي إلى ذلك أحوج منها إلى نسب الزوج فإذا كانت تنعم الكفاءة بضعة نسب الزوج فبعجزه عن المهر والنفقة أولى، والأصح أنها لا تعتبر في كثرة المال.

والرابع: الكفاءة في الحرفة، والمروي عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أن ذلك غير معتبر أصلاً؛ فإن الحرفة غير لازمة، فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة، وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب؛ لأنه لازم له، وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - معتبرة.

والخامس: الكفاءة في الحسب، وهو مروي عن محمد قال: هو معتبر حتى إن الذي يسكر فيخرج فيستهزئ به الصبيان لا يكون كفواً لامرأة صالحة من أهل البيوتات، وعن أبي يوسف قال: الذي يشرب المسكر فإن كان يسر ذلك فلا يخرج سكران كان كفواً، وإن كان يعلن ذلك لم يكن كفواً لامرأة صالحة -

٤١٣- المادة: لا ولاية لعبد وصغير ومجنون ومعتوه وكافر على مسلمة، كذا في

الهندية باب الأولياء.

٤١٤- المادة: والولي العصبه بترتيب الإرث، وإن لم تكن عصبه فالولاية للأم ثم الأخت

الأعيانة ثم العالقة ثم ولد الأم وللأبعد التزويج بغية الأقرب مسافة القصر، كذا في الكنز.

٤١٥- المادة: إذا كان أحد المتناكحين قاصراً بأن كان صغيراً أو معتوهاً أو مرقوقاً أو

مجنوناً فللولي ولاية الإجبار عليه، وإذا أفاق فلهما خيار الفسخ في غير الأب والجد بشرط

القضاء. (السعديات ص ١٧١ والهندية ج ١ ص ٢٨٥).

٤١٦- المادة: وأما البالغة فلا يجبر عليها بل لا بد لصحة النكاح من إذنها بكرة كانت

أو ثيباً، فإن استأذن الولي البكر فسكتت أو ضحكت غير مستهزئة أو زوجها فسكتت كان

ذلك إذناً منها، وإن استأذنها غير الولي فلا بد من القول كالثيب، فالولاية عليها ولاية

الاستحباب. (السعديات ص ١٨ والهندية في أول النكاح).

من أهل البيوتات، ولم ينقل عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - شيء من ذلك، والصحيح عنده أنه غير

معتبر، لأن هذا ليس بلازم حتى لا يمكن تركه، انتهى باختصار. (ج ٥ ص ٢٢ - ٢٥).

قال القاسم بن قطلوبغا في رسالة في الكفاءة: إن الكفاءة حق الأولياء والزوجة دون الشرع، لو زوجها

بغير الكفء برضاها جاز بالاتفاق، ولو كانت حق الشرع لما سقطت بإسقاط الغير كحرمة الربا لم تسقط

برضا المتبايعان، وقال: الكفاءة تختلف باختلاف الزمان والبلدان والعادة، وفي الغاية: إن اختلاف أئمتنا

هو اختلاف عصر كان في زمن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لم يعدوا الدناءة في الحرفة منقصة؛ لأنهم

لم يكونوا ينظرون إلا إلى التقوى، وتغير ذلك في زمن الصاحبين فأجابا عن عادة زمانهما، ففي بلد تكون

عادتهم التعبير والتفاخر بالحرف تعتبر فيها الكفاءة وإلا فلا، انتهى باختصار.

وفي ردالمحتار: وأن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليتهم يعملون هذه الأعمال لا

يقصدون بها الحرف، فلا يعيرون بها، وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد وألهم يتخذون ذلك حرفة،

فيعيرون بالدلي منها فلا يكون بينهما خلاف في الحقيقة بدائع، آه.

٤١٧- المادة: قال مالك والجصاص والكرخي ومن تبع لهما: لا اعتبار للكفاءة في النكاح، ولم تثبت هذه الرواية أعني اعتبار الكفاءة عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - كما في ردالمحتار ^(١) وعند الجمهور الكفاءة معتبرة في الرجال للنساء؛ للزوم النكاح كذا في محيط السرخسي، ولا تعبر في جانب النساء للرجال كذا في البدائع. (الهندية).

٤١٨- المادة: والكفاءة تعتبر نسباً: فقريش أكفاء فيما بينهم، وكذلك العرب، وغير العرب أكفاء فيما بينهم دون العرب، وإسلاماً، وأبوان في الإسلام كالآباء، وحرية، وديانة، فلا يكون الفاسق كفواً للصالحة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - وهو الصحيح كذا في الهداية، لكن ذكر السرخسي: أن الكفاءة من الصلاح غير معتبرة وهو الصحيح من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - كذا في السراج الوهاج، وحرفة، في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا تعتبر الحرفة، وفي قول أبي حنيفة في رواية وقول أبي يوسف ومحمد - رحمهم الله تعالى - تعتبر فالحجامة والحائك والكناس والدباغ لا يكون كفواً للعطار والبزاز والصراف قال قاضيخان: هو الصحيح. (الهندية).

٤١٩- المادة: ولو زوج طفله غير كفوء بغبن فاحش من المهر صح ولم يجز ذلك لغير الأب والجد. (كنز).

٤٢٠- المادة: إذا زوجت البالغة نفسها من غير كفوء صح النكاح في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وهو قول أبي يوسف - رحمه الله تعالى - آخره وقول محمد

^(١) عبارة ردالمحتار هكذا: وفي حاشية الدرر للعلامة نوح أن الإمام أبا الحسن الكرخي والإمام أبا بكر الجصاص وهما من كبار علماء العراق، ومن تبعهما من مشايخ العراق لم يعتبروا الكفاءة في النكاح، ولو لم تثبت عندهم هذه الرواية عن أبي حنيفة لما اختاروها، وذهب جمهور مشايخنا إلى أنها معتبرة فيه ولقاضي القضاة سراج الدين الهندي مؤلف مستقل في الكفاءة ذكر فيه القولين على التفصيل وبين ما لكل منهما من السند والدليل اهـ. (ج ٢ ص ٣٤٥).

- رحمه الله تعالى آخرأ، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - أن النكاح لا ينعقد، والمختار في زماننا رواية الحسن، وقال شمس الأئمة: رواية الحسن أقرب إلى الاحتياط كذا في فتاوى قاضيهان في فصل شرائط النكاح، وإن لم يكن لها ولي صح النكاح اتفاقاً كذا في النهر الفائق.

الفصل الرابع في المهر

٤٢١- المادة: من نكح امرأة ولم يسم لها مهراً أو نفاه فلها مهر مثلها إن وطئ الزوج، أو خلا بها خلوة صحيحة، أو مات الزوج، أو ماتت هي، وإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها متعة وجوباً وهي قميص وخمار وملحفة هذا في عرفهم، وأما في عرفنا فيعتبر عرفنا كذا في الخلاصة.

وإن سمي لها مهراً فلها ذلك بالوطئ أو الموت أو الخلوة، وبالطلاق قبل الوطئ وما في حكمه نصف المسمى، وما فرض بعد العقد أو زيد لا ينتصف، كذا في الفصل الثاني من الباب السابع من الهندية ملخصاً.

٤٢٢- المادة: والخلوة الصحيحة أن يكونا في مكان بلا مرض وحيض وإحرام وصوم فرض، ولو كان الزوج مجبواً أو عنيماً أو خصياً فهي كالوطئ وتجب العدة فيها. (من المحل المزبور).

٤٢٣- المادة: ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها إذا استوتا سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً ودينياً وبكارة، فإن لم توجد فمن الأجانب، كذا في الكنز.

٤٢٤- المادة: ولو اختلف الزوجان في مقدار المهر حكم مهر المثل، وإن اختلفا في أصل المسمى يجب مهر المثل، وإن اختلفت ورثتهما ولو في قدر المهر فالقول لورثته، وإن اختلفا في المبعوث إليها فقال الزوج: هو من المهر، وقالت: هدية، فالقول له في غير المهيأ للأكل. (من المحل المزبور).

الفصل الخامس في الطلاق

٤٢٥- المادة: الطلاق إما رجعي أو بائن أو ثلاث، والرجعي إما صريح واحداً كان أو الثين كقول الزوج لامرأته: أنت طالق، أو كنائي كقوله لها: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة ونوى الطلاق، وحكم هذه المطلقة صحة الرجوع إليها ما دامت في العدة إما صراحة كقوله لها: راجعتك مثلاً، وهذه الرجعة لا تحتاج إلى النية، وأما كناية وهي تحتاج إلى النية كالوطي ودواعيه، ويستحب للمراجع أن يشهد على الرجعة خشيةً على الإنكار وبعداً عن التهمة، ولو مضت العدة وتصادقا على الرجوع في العدة صحت الرجعة، ولو أنكرت لا تصح والقول قولها بلا يمين. (السعديات ص ٩٦).

٤٢٦- المادة: الطلاق البائن إذا كان أقل من الثلاث وأراد الزوج أن يراجعها كان له ذلك بعقد ومهر جديدين برضاها في العدة وبعدها، وغير الزوج لا ينكحها إلا بعد العدة. (من المحل المزبور).

٤٢٧- المادة: ولو أبان الحرة بالطلقات الثلاث أو الأمة بالطلقتين فليس له تزوجها حتى تنكح زوجاً غيره بنكاح صحيح مع الدخول ثم تحصل الفرقة بينهما بالموت والطلاق. (من المحل المزبور).

٤٢٨- المادة: قال في المحيط: كل امرأة أتزوجها أو يتزوجها غيري لأجلي وأجيزه فهي طالق ثلاثاً، قال في الحاوي: فحيلته أن يزوجه فضولي بلا أمرهما فيجيزه هو فيحنت قبل إجازة المرأة لا إلى جزاء؛ لعدم الملك، ثم تجيز المرأة فأجازتها لا تعمل فيجددان النكاح فيجوز؛ إذ اليمين العقد على تزويج واحد كذا في المحيط، وهذه الحيلة إنما يحتاج إليها إذا قال في حلقه " وأجيزه " أما لو لم يقل " وأجيزه " قال النسفي بتزوج الفضولي لأجله تطلق ثلاثاً؛ إذ الشرط تزويج الغير له مطلقاً، ولكنها لا تحرم عليه لطلاقها قبل دخولها في ملك الزوج قال: ألا يرى أنه بعد عقد الفضولي لو طلقها الزوج ثلاثاً لا تحرم عليه إلا أنه لا يقبل الإجازة؛ لأنه صار مردوداً فيعقد الفضولي ثانياً لأجله فيجيزه هو فعلاً. قال ظهير الدين

في فتاواه: وعندي لا حاجة في المرة الثانية إلى عقد الفضولي، بل لو تزوجها بنفسه لا تطلق؛ إذ اليمين انحلت بتزويج الفضولي لا إلى جزاء. (معين الأحكام).

٤٢٩- المادة: ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والمعتوه والنائم والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش ^(١) بخلاف المكره ولو أكره على أن يكتب طلاق امراته لا تطلق (الهندية عن قاضيخان ج ١ ص ٣٧٩) والسكران فإنه يصح طلاقه، ويقع طلاق الأخرس بالإشارة ^(٢) (الهندية في فصل من يقع طلاقه) ولا يقع طلاق الغضبان إن تغير عقله تغيراً نهائياً أو

^(١) في ردالمحتار: قال في التلويح: الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقيحة المدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثاره وتتعلل أفعالها، إما لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يصلح سبباً. اهـ، والمعتوه من العته، وهو اختلال في العقل، والفرق بين المجنون والمعتوه أن المعتوه هو القليل الفهم، المختلط الكلام، الفاسد التدبير بخلاف المجنون، والمبرسم من البرسام بالكسر علة كالجنون، وفي بعض كتب الطب أنه ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والأمعاء ثم يتصل بالدماغ، والإغماء آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوباً وإلا عصم منه الأنبياء وهو فوق النوم، والمدهوش، قال في القاموس: دهش الرجل تحير، وقال في الخيرية: غلط من فسر ههنا بالتحير، إذ لا يلزم من التحير وهو التردد في الأمر ذهاب العقل آه والمراد ههنا أن يحصل للرجل دهش زال به عقله وصار لا شعور له، كذا في العقود الدرية.

^(٢) يريد بالأخرس الذي ولد وهو أخرس أو طراً عليه ذلك ودام حتى صارت إشارته مفهومة كذا في المضمرات. سواء قدر على الكتابة أم لا كذا في معراج الدراية وفتح القدير. وإن لم تكن له إشارة معروفة يعرف ذلك منه أو يشك فيه فهو باطل كذا في المبسوط. وإن طراً عليه الأخرس ولم يدم لم تعتبر إشارته. (الهندية ج ١ ص ٣٥٤).

متوسطاً^(١) (الشامي ج ٢ ص ٤٦٣) ولو قال للكاتب: أكتب طلاق امرأتي كان إقراراً بالطلاق وإن لم يكتب. (الشامي ج ٢ ص ٤٦٥).

٤٣٠- المادة: كل فرقة هي فسخ من جميع الوجوه كإسلام أحد الزوجين أو الردة مع اللحق بدار الحرب أو الفرقة بخيار البلوغ أو العتق لا يقع الطلاق في عدتها، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها. (السعيديات ص ٧٨).

٤٣١- المادة: لو طلق المريض امرأته رجعيّاً أو بائناً أو ثلاثاً ومات في عدتها ورثت وبعدها لا، ولو أبانها في مرضه فصح فمات لم ترث، كذا في الكنز.

(١) قال ابن عابدين في ردالمحتار نقلاً عن ابن القيم: الغضبان على ثلاثة أقسام: أحدها أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده، وهذا لا إشكال فيه. والثاني أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريد، فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله، الثالث من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصبر كالمجنون فهذا محل النظر، ثم قال: والذي يظهر لي أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكفي فيه بغلبة الهديان واختلاط الجذ بالهزل كما هو المفتى به في السكران، آه. (ج ٢ ص ٤٦٣).

(تمة): الطلاق بالكتابة في ردالمحتار: قال في الهندية: الكتابة على نوعين: مرسومة وغير مرسومة، ولعني بالمرسومة أن يكون مصدراً ومعنوياً مثل ما يكتب إلى الغائب، وغير المرسومة أن لا يكون مصدراً ومعنوياً، وهو على وجهين: مستبينة وغير مستبينة، فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته، وغير المستبينة ما يكتب على الهواء والماء وشيء لا يمكنه فهمه وقراءته، ففي غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نوى، وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن نوى الطلاق يقع وإلا لا، وإن كانت مرسومة يقع الطلاق نوى أو لم ينو، ثم المرسومة لا تخلو إما أن أرسل الطلاق بأن كتب: أما بعد فالت طالق، فكما كتب هذا يقع الطلاق وتلزمها العدة من وقت الكتابة. وإن علق طلاقها بمجيء الكتاب بأن كتب: إذا جاءك كتابي فالت طالق فجاءها الكتاب فقرأه أو لم تقرأ يقع الطلاق كذا في الخلاصة. (ج ٢ ص ٤٦٤).

٤٣٢- المادة، قال: أنت حرام وقال: ما نويت الطلاق لا يصدق، وليس للمفتي والقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب فيتركما العرف بل يقع الطلاق بدون النية وهي بائة. (الفتاوى الأنقروية).

الفصل السادس في الخلع

- ٤٣٣- المادة: الخُلْع هو الفصل من النكاح، والواقع بالخلع والطلاق على مال طلاق بائن، وإذا تخاصم الزوجان وعلمت المرأة أنها غير قادرة بحقوق الزوجية أو علم الزوج عجز نفسه عن واجبات الزوجية وتراضيا بالخلع على مال جاز ذلك لكن كره له أخذ شيء منها إن كان العجز عن القيام بحقوق الزوجية من قبله وإن كان من قبلها لا. (السعديات ص ٦٠١).
- ٤٣٤- المادة: والخلع يمين من جانب المخالعة ومعاوضة من جانب المختلعة^(١) وكل ما يصلح مهراً يصلح كونه بدل الخُلْع وبعض ما لا يصلح مهراً يصلح أن يكون بدل الخُلْع كالأقل من العشرة وما في بطن إبلها وغنمها. (السعديات في أحكام المعاملات).
- ٤٣٥- المادة: والواحد لا يصلح في الخُلْع وكيلاً من الجانبين بأن وكلت رجلاً بالخلع فوكله الزوج أيضاً سواء كان البدل مسمى أو لا وعن محمد يصح. (في الثالث من طلاق البزازية).^(٢)

^(١) يعني أن الخلع من جانب الزوج يمين؛ لأنه تعليق الطلاق بقبول المال، فلو ابتداء الزوج الخلع، فقال: خالعتك على ألف درهم فهو يمين لا يملك الرجوع عنه، وكذا لا يملك فسخه، ولا نهى المرأة عن القبول، ومن جالبها معاوضة؛ لأنه تمليك المال بعوض، فيراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه، فلو ابتدأت بأن قالت: اختلعت نفسي منك هكذا فلها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه أيضاً، ولا يتوقف على ما وراء المجلس بأن كان الزوج غالباً، حتى لو بلغه وقبل لم يصح، كذا في ردالمحتار.

^(٢) مكدا ذكره البحر قبيل باب الظهار، وذكر في أول باب الخُلْع (ج ٤ ص ٧٧) عن الخالية: والواحد يتولى الخلع من الجانبين، وفي عتاق الأصل الواحد يكون وكيلاً من الجانبين في العتاق والخلع والصلح عن دم العمد إذا كان البدل مسمى، وإلا لا يكون في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه يكون أه وفي منحة الخالق: وفي التارخالية عن الكبرى: الواحد يتولى الخلع من الجانبين إن كان خلعاً، وهو معاوضة إذا كان البدل مذكوراً في رواية هو المختار، أه وفي البدائع (ج ٣ ص ١٤٦): والواحد يتولى الخلع من الجانبين =

٤٣٦- المادة: المحجورة بالسفه لو قبلت الخلع وقع، ولا يلزمها المال، ويكون بائناً إن كان بلفظ الخلع، ورجعياً إن كان بلفظ الطلاق. (من خلع البحر في شرح قوله ولزمها المال ج ٤ ص ٨١).

٤٣٧- المادة: ولا يقع البراءة عن نفقة العدة في الخلع والمبارات والطلاق بالمال إلا بشرط في قولهم. (قاضينخان في الخلع ج ١ ص ٥٣٠).

٤٣٨- المادة: ولو لقنها الخلع بالعربية حتى قالت: اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة لا يصح كالبيع، وبه يفتى، وكذا إذا قال لها وهي لا تعرف العربية: قلبي وهبت مهري منك، وكذا المديون إذا لقن الدائن أن يبرئه عن الدين بالعربية وهو لا يعرف لا يصح في الكل؛ لأن الرضاء شرط في الكل بخلاف الطلاق. (الفتاوى الأنقروية).

= وإن كان هذا النوع معاوضة، والواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع، لأن الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولا تنافي ههنا؛ لأن الحقوق في باب الخلع ترجع إلى الموكل، ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب النكاح، آه، وفي المحيط البرهاني: الواحد هل يتولى طرفي الخلع إذا كان البذل مقدراً معلوماً؟ وفي رواية يتولى وهو المختار آه. (ج ٣ ص ٣٣٦).

الفصل السابع في الإيلاء والظهار

٤٣٩- المادة: إذا حلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر أو أكثر كان مولياً، وفي أقل منها لا، ثم إن جامع في مدة الإيلاء كفر ككفارة اليمين وسقط الإيلاء، وإن لم يجمع فارقت بتطليقة بائة، كذا في الكنز ملخصاً.

٤٤٠- المادة: صح الإيلاء من المطلقة الرجعية دون المبتوتة والأجنبية، وإن عجز المولي عن الفی بالفعل بأن وطئها؛ لمرض أو بعد مسافة أو صغر أو رتق ففيه أن يقول: فنت إليها. (ملخصاً من السعديات ص ١٠٥).

٤٤١- المادة: الظهار شرطه في المرأة كونها زوجته، وفي الرجل كونه من أهل الكفارة، فخرج الصبي والمجنون والكافر ولو ذمياً، وركنه العبارة المشتملة على تشبيه الزوجة بامرأة هي محرمة أو بعضو يحرم النظر إليه على الزوج على التأيد ولو برضاع أو مصاهرة مثل أنت عليّ كظهر أمي. (السعديات ص ١١٢).

٤٤٢- المادة: لو قال الرجل لامراته: أنت عليّ مثل أمي، واستفسر، فقال: نويت الكرامة، أو قال: نويت طلاقها، أو قال: نويت الظهار صدق. (السعديات ص ١١٤).

٤٤٣- المادة: ويجب الكفارة في الظهار قبل القربان وهي تحرير رقبة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان وأيام منية، فإن وطئها فيها ليلاً أو نهاراً أو أفطر استأنف ويصوم، فإن لم يستطع الصوم أطعم ستين فقيراً كالفطرة أو قيمته، وتصح الإباحة في الكفارات والفدية دون الصدقات والعشر، كذا في الكنز.

الفصل الثامن في اللعان

٤٤٤- المادة: اللعان مصدر سماعي والقياس الملاعنة، واللعان شهادات مؤكدة بالإيمان، وشرطه قيام النكاح الصحيح بينهما، وإسلام الزوجين، وحريةهما، وعقلهما، وبلوغهما، وكونهما غير محدودين في قذف، والدخول بها ليس بشرط، واللعان قائم مقام حد قذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة، كذا في السعديات ص ١١٩).

٤٤٥- المادة: قُلُوْ قَذْفُهَا بِالزَّنا أَوْ نَفْيُ الْوَلَدِ بِدَا الْحَاكِمِ بِالزَّوْجِ: فيشهد أربع شهادات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، فإن امتنع من اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه، فإن كذب نفسه حُدَّ حد القذف، ثم تشهد المرأة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد، والخامسة أن تقول: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به، فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه ^(١) فإن صدقته لا شيء عليها؛ لأن الحد لا يقام عليها بالإقرار مرة فكيف بالتصديق مرة والحال أن الحد لا يقام عليها بتصديقها أربع مرات، وقوله تعالى: {وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابُ} [سورة النور-٨] عذاب الحبس، كذا في السعديات ص ١٢١).

٤٤٦- المادة: فإذا تم اللعان ألحق الحاكم الولد بأمه ونفاه عن أبيه، ويفرق بينهما، فإن لم يصلح الزوج القاذف شاهداً حُدَّ، وإن صلح والزوجة ممن لا يحد قاذفها بأن كانت

(١) لأن اللعان حق مستحق عليها وهي تقدر على إيفائه فتحبس حتى توفي أو تصدقه فيرتفع السبب، فإن صدقته لا تحد؛ لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات؛ لأن التصديق ليس بإقرار قصداً فلا يعتبر في حق وجوب الحد، ويعتبر في ذرله فيندفع به اللعان، ولا يجب به الحد، ولو كان القذف بنفي الولد وصدقته فلا حد، ولا لعان، وهو ولدهما؛ لأن النسب إنما ينقطع حكماً للعان فلم يوجد، وهو حق الولد فلا يصدقان في إبطاله، كذا في التبيين ج ٣ ص ١٦).

زالية مثلاً فلا حد ولا لعان، والقذف بنفي الولد إنما يصح عند التهنئة أو شراء آلة الولادة،
وأما بعد ذلك فلا يصح^(١)، كذا في السعديات ص ١٢٤.

^(١) هذا إذا كان الزوج حاضراً عند الولادة، وإن كان غائباً فحالة علمه بحالة الولادة فتعتبر المدة من وقت العلم، كذا في الهداية.

الفصل التاسع في العنين وغيره

٤٤٧- المادة: العنين من لا يصل إلى النساء أو يصل إلى الثيب دون الأبكار، لو وجدت زوجها مجبواً فرق بينهما في الحال، ولو وجدت عنيماً أو خصياً وهو من نزع خصيتاه أجله القاضي سنة قمرية وهي ثلاث مائة وأربعة وخمسون يوماً وصححه في الوقعات والوالجية وهو ظاهر الرواية كما في الهداية فكان هو المعتمد ^(١) وفي الخانية إذا ثبت عدم الوصول أجله القاضي طلب أو لم يطلب، وإذا كان التأجيل في أثناء الشهر يعتبر بالأيام، كذا في البحر ج ٤ ص ١٣٥).

٤٤٨- المادة: فإن وطئ بعد ذلك فلا تفريق وإلا بانت بالتفريق إن طلبت فلو قال الزوج: وطئتها وأنكرت سواء كان ذلك الاختلاف في الابتداء أو بعد مضي الأجل فإن قال النساء: إنها ثيب فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل في الابتداء يؤجل سنة، وإن نكل بعد الأجل تخير للفرقة، وإن قلن: إنها بكر ثبت العنة في الابتداء فيؤجل سنة ويفرق في الانتهاء، وإن اختارته بطل حقها، كذا في البحر ج ٤ ص ١٣٥)، وابتداء التأجيل من وقت الخصومة عند القاضي فإن أجله المرأة أو غير القاضي لا يعتبر، كذا في فتاوى قاضيخان، والهندية، والمحيط.

٤٤٩- المادة: ولم يخير أحدهما بعيب مثل الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن، وخالف الشافعي ومالك وأحمد في هذه الخمسة، وخالف محمد في الثلاثة الأول، والرتق انسداد مدخل الذكر كالغدة الغليظة وقد يكون عظماً، كذا في البحر ج ٤ ص ١٣٧).

(١) في البحر: واختلفوا في تلك السنة فقل: شمسية وهي تزيد على القمرية بأحد عشر يوماً قال في الخلاصة: وعليه الفتوى وقيل: قمرية وهي ثلثمائة وأربعة وخمسون يوماً وصححه في الوقعات والوالجية وهو ظاهر الرواية كما في الهداية فكان هو المعتمد؛ لأنه الثابت عن صاحب المذهب، آه.

٤٥٠- المادة: القاضي لو قضى برد أحد الزوجين بعيب نفد قضاءه سواء كان القاضي مجتهداً أو مقلداً، كذا في البحر وحواشيه ج ٤ ص ١٣٨. ^(١)

٤٥١- المادة: وكما يؤجل العنين والنحصى يؤجل الشيخ الكبير وإن قال: لا أرجو أن أصل إليها، ولا يطل حقها بترك الخصومة وإن طال الزمان ما لم ترض بذلك. (قاضيخان).

^(١) هذا إذا لم يقيد قضاءه بالراجع من مذهب الحنفي، فإن قيده لا ينفذ قضاءه؛ لأن القضاء يتقيد كما

مر.

الفصل العاشر في العدة

٤٥٢- المادة: العدة انتظار يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهة، لو طلق الرجل زوجته الحرة البالغة طلاقاً رجعيّاً أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى أو حصل الفسخ في النكاح بخيار البلوغ أو بعدم الكفاءة أو ردة أو فرقة عن نكاح فاسد أو وطئ بشبهة فعدتها ثلاث حيض. (السعيديات ص ١٢٨-١٢٩).

٤٥٣- المادة: وإذا كانت الحرة ليست من ذوات القروء بأن كانت صغيرة أو كبيرة بلغت سن الإياس وهي خمس وخمسون سنة فعدتها تنقضي بثلاثة أشهر، وللأمة الحائضة حيضتان ولغير الحائضة شهر ونصف شهر، وللسبايا حيضة للاستبراء.

٤٥٤- المادة: وعدة الحامل مطلقاً سواء كانت حرة أو أمة وسواء كانت طلقت أو كان فسخ النكاح أو مات عنها زوجها وضع حملها. (من المحل المزبور).

٤٥٥- المادة: وإذا مات زوج الحرة المسلمة أو الكتابية الصغيرة أو الكبيرة دخل بها أو لم يدخل فعدتها أربعة أشهر وعشراً، ولو كانت أمة بدل الحرة عدتها شهرين وخمسة أيام.

٤٥٦- المادة: العدة عند زوال النكاح الصحيح تجب بالوطئ أو الخلوة الصحيحة أو الفاسدة، وفي النكاح الفاسد لا تجب إلا بالوطئ. (ردالمحتار ج ٢ ص ٣٧٣).

٤٥٧- المادة: ولا تجب العدة على الزانية ولو حاملاً لكن يمنع عن الوطئ. (من المحل المزبور ج ٢ ص ٦٥٦).

٤٥٨- المادة: وعدة المنكوحه نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة وأم الولد بثلاث حيض للموت وغيره، كذا في الكنز.

٤٥٩- المادة: وعدة المطلقة بائناً في مرض موته بغير رضاها أبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق. (١)

(١) أي لو مضت أربعة أشهر وعشراً ولم تحض ثلاثاً كانت في العدة حتى تحيض ثلاثاً، ولو حاضت ثلاثاً قبل تمام هذه المدة لم تنقض حتى تتم هذه المدة، كذا في البحر ج ٤ ص ١٤٨.

٤٦٠- المادة: وعدة من اعتدت بالأشهر لإياسها، ثم رئت دم الحيض فينقض ما مضى وتستأنف العدة بالحيض، كذا في البحر ج ٤ ص ١٥٠).

٤٦١- المادة: وعدة زوجة الصغير إذا كانت حاملاً وقت موته بأن آتت به أقل من ستة أشهر من وقت موته وضع الحمل، وإن آتت به لستة أشهر أو أكثر فعدتها أربعة أشهر وعشرًا، والنسب منتف فيهما، كذا في البحر ج ٤ ص ١٥٤).

٤٦٢- المادة: ومبدأ العدة بعد الطلاق في المطلقة، وبعد الموت في المتوفى عنها زوجها^(١) وبعد التفريق أو العزم على ترك الجماع في المنكوحة بالنكاح الفاسد. (من المحل المزبور ج ٤ ص ١٥٧ - ١٥٨).

٤٦٣- المادة: ولوقالت الزوجة: مضت عدتي وكذبها الزوج فالقول لها مع الحلف^(٢) ولو نكح معتدته فطلقها قبل الوطي وجب مهر تام وعدة مبتدأة^(٣) ولو طلق ذمي ذمية لم

(١) يعني ابتداء عدة الطلاق من وقته، وابتداء عدة الوفاة من وقتها سواء علمت بالطلاق والموت أو لم تعلم حتى لو لم تعلم ومضت مدة العدة فقد انقضت؛ لأن سبب وجوبها الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداءها من وقت وجود السبب، وإذا أتاها خبر موت زوجها وشكت في وقت الموت تعدد من الوقت الذي تستيقن فيه بموته؛ لأن العدة يؤخذ فيها بالاحتياط وذلك في العمل يبين كذا في البحر.

(٢) لأنها أمانة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع إذا ادعى الرد والهلاك، هذا مقيد بكون المدة تحتمل الانقضاء وهي شهران عنده وتسعة وثلاثون يوماً عندهما؛ لأن الأمين إنما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر، كذا في البحر ج ٤ ص ١٥٩).

(٣) لأن الدخول في الأول دخول في الثاني في حق المهر ووجوب العدة، هذا فيما كان النكاحان صحيحين، ولو تزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحاً وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلية، ولو كان على القلب بأن تزوجها أولاً صحيحاً ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسداً لا يجب عليه مهر ولا عليها عدة مستقبلية ويجب عليها إتمام العدة الأولى، والفرق أنه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطناً حكماً؛ =

تعتد إذا لم يعتقدوها، وأما إذا اعتقدوها أو كانت حاملاً فعليها العدة اتفاقاً^(١) وأما إذا طلق المسلم الذمية أو مات عنها فعليها العدة بالاتفاق، كذا في البحر.

٤٦٤- المادة: ومعتدة الطلاق البائن أو الفسخ أو الموت تحد وجوباً بترك الزينة، ولا تخطب صراحة ويجوز التعريض، ومعتدة الموت تخرج يوماً وبعض الليل تكتسب؛ لأنه لا نفقة لها ولا تبس في غير منزلها، كذا في البحر، والمطلقة لا تخرج لا ليلاً ولا نهاراً سواء كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً أو رجعيّاً، كذا في البدائع في فصل أحكام العدة.

٤٦٥- المادة: ولا يجب الإحداد على الصغيرة والمجنونة والكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقاً رجعيّاً، وهذا عندنا، كذا في البدائع في فصل أحكام العدة.

= لعدم الإمكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطناً بالخلوة في الفاسد حتى لا تجب العدة بها ولا عليه المهر، كذا في البحر ج ٤ ص ١٦١).

(١) يعني لو طلق ذمي ذمية لم تعتد عند الإمام، وقالوا: عليها العدة، والخلاف فيما إذا كانوا لا يعتقدونها، أما إذا اعتقدوها فعليها العدة اتفاقاً، وفيما إذا كانت حائلاً، أما الحامل فعليها العدة اتفاقاً، وأما المسلم إذا طلق الذمية أو مات عنها فعليها العدة اتفاقاً؛ لأنها حقه ومعتده، كذا في البحر ج ٤ ص ١٦٢).

الفصل الحادي عشر في الحضانة

٤٦٦- المادة: الحضانة تربية الصبي والصبية تارة يحتاج إلى من يقوم بماله وتارة إلى من يقوم بمنافع بدنه حتى لا يلحقه الضرر وجعل كل واحد منهما إلى من أقوم به وأبصر، فالولاية للمال جعلت إلى الأب والجد؛ لأنهما أبصر أقوم بالتجارة من النساء، وحق الحضانة إلى النساء؛ لأنهن أقوم وأبصر على حفظ الصبيان من الرجال؛ لزيادة شفقتهم وملازمتهم للبيوت، كذا في البحر ج ٤ ص ١٨٠).

٤٦٧- المادة: الأحق بالحضانة قبل الفرقة وبعدها أم الولد ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم الخالات كذلك ثم العمات كذلك ثم العصابات بترتيبهم، والأم والجدة أحق بالغلام حتى يستغني، وقدر بسبع سنين، وبالجارية حتى تحيض، وغيرهما أحق بها حتى تشتهي، وقدر أبو الليث حد الاشتهااء بتسع سنين، وعليه الفتوى، كذا في البحر ج ٤ ص ١٨١-١٨٥).

٤٦٨- المادة: يسقط حق الحضانة إما بتزويج غير المحرم^(١) أو بسكنائها عنده،^(٢) وإذا أرادت غير الأم من النساء أن تخرج الولد من المصر الذي فيه الأب إلى مصر آخر لم

(١) في منحة الخالق على البحر: قال الرملي: يعني محرمه النسبي لا الرضاعي؛ فإنه كالأجنبي في سقوط حضانتها به فكان ينبغي أن يقول غير محرمه الرحم تأمل، ج ٤ ص ١٨٣).

(٢) قال صاحب البحر: وقع لي تردد في أن الخالة ونحوها إذا سكنت عند أجنبي من الصغير ولم تكن متزوجة هل تسقط حضانتها قياساً على الجدة إذا سكنت في بيت بنتها المتزوجة أو هذا خاص ببيت زوج الأم باعتبار بغضه له كما هو العادة؟ والذي يظهر الأول؛ لأنه يتضرر بالسكنى في بيت أجنبي عنه، أه قال صاحب منحة الخالق: قال الرملي: بل الذي يظهر الثاني لقولهم: يطعمه نذراً وينظر إليه شزراً، وهذا مفقود في الأجنبي عن الحاضنة، والحديث قد غياه بغاية وهي الزوج فيستمر الحق إلى وجوده ولم يوجد تأمل. ثم رأيت صاحب النهر قال بعد نقله لما في البحر: أقول: الظاهر عدم سقوطها للفرق بين زوج الأم والأجنبي أه المرجع السابق.

يكن لها ذلك وإن كان ذلك المصير موضع نكاح أم الصبي؛ لأن هذا الحق إنما هو للأم خاصة. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٩٩).

٤٦٩- المادة: ومن له حق الحضانة لا يدفع الولد إليه إلا بالطلب^(١) وإذا انتهت مدة الحضانة فالأولى بالحفظ الأقرب فالأقرب من العصبات، وإذا امتنع من الأخذ يجبر عليه. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٠٠).

(١) هذا إذا لم تعين لها، أما إذا تعين لها فيجبر، كذا في ردالمحتار.

الفصل الثاني عشر في ثبوت النسب

٤٧٠- المادة: يثبت نسب ولد المنكوحة إذا جاءت به لسنة أشهر أو أكثر من وقت النكاح، إما بالسكوت من غير اعتراف ولا نفي، وإما بشهادة القابلة عند إنكار الولادة. ولا يثبت النسب في أقل من ستة أشهر. ^(١)

وإن اختلفا بعد الولادة فقالت الزوجة: نكحتني منذ ستة أشهر وادعى الزوج الأقل فالقول لها وهو ابنه ^(٢) كذا في البحر ج ٤ ص ١٧٦.

٤٧١- المادة: يثبت نسب ولد معتدة الطلاق الرجعي إن جاءت به لأقل من سنتين أو جاءت به لسنتين أو أكثر من سنتين من وقت الطلاق، وفي هاتين الصورتين تثبت الرجعة أيضاً بخلاف الصورة الأولى ^(٣) كذا في البحر ج ٤ ص ١٧٠.

^(١) أي: يثبت نسب ولد المنكوحة حقيقة إذا جاءت به لسنة أشهر أو أكثر من وقت الزوج بأحد الشئين: إما بالسكوت من غير اعتراف ولا نفي له، وإما بشهادة القابلة عند إنكار الولادة؛ لأن الفراش قائم والمدة تامة فوجب القول بثبوته اعترف به أو سكت أو أنكر حتى لو نفاه لا ينتفي إلا باللعان، وفي التحقيق شهادة القابلة لم يثبت بها النسب؛ لأنه ثابت بقيام الفراش وإنما يثبت بها تعيين الولد، ويثبت لسنة أشهر لاحتمال أنه تزوجها وأطنا لها فوافق الإنزال النكاح، والنسب يحتاط في إثباته، كذا في البحر. ^(٢) لأن الظاهر شاهد لها؛ فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته، وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له، وهو إضافة الحادث وهو النكاح إلى أقرب الأوقات؛ لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له؛ لوجوب الاحتياط فيه حتى إنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات، كذا في البحر.

^(٣) إنما يثبت النسب في جميع الصور الثلاث؛ لاحتمال العلوق في حالة النكاح أو العدة في الأولى، ولاحتماله في حالة العدة في الثانية؛ لجواز أنها تكون ممتدة الطهر، وإنما لا تثبت الرجعة في الأولى؛ لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق وبالولادة انقضت العدة، فوقع الشك في الرجعة وهي لا تثبت بالشك بخلاف النسب، وتثبت الرجعة في الآخرين؛ لأنها لما جاءت به لسنتين أو لأكثر من سنتين كانت رجعة؛ لأن العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعاً، كذا في البحر.

٤٧٢- المادة: يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البائن إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق، وإن جاءت به لسنتين من وقت الطلاق أو أكثر فلا يثبت النسب إلا أن يدعي الزوج نسبه منه، ويحمل على الوطي بشبهة في العدة، كذا في البحر ج ٤ ص ١٧١ - ١٧٢).

٤٧٣- المادة: يثبت نسب ولد معتدة الموت إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الموت، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت الموت لا يثبت نسبه منه، كذا في البحر ج ٤ ص ١٧٣).

٤٧٤- المادة: لو طلق امرأته الحامل بائناً أو رجعيّاً فولدت فانكر الزوج الولادة يثبت نسب المولود من المطلق إن شهد رجلان أو رجل وامرأتان، وكذا الحكم إذا مات عنها زوجها وأنكرت الورثة الولادة؛ لأن الفراش قد زال بوضع الحمل فيشترط كمال الحجة وهي ما علمت من الشهادة أو كان الحمل ظاهراً أو اعتراف الزوج في صورة الطلاق أو اعترفت الورثة في صورة الموت، كذا في السعديات ص ١٣٧. ^(١)

٤٧٥- المادة: أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان؛ لقوله تعالى: {وحمله وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا} [الأحقاف - ١٥] ثم قال: {وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ} [لقمان - ١٤] فيبقى للحمل ستة أشهر، كذا في الهداية، في فتح القدير لا خلاف للعلماء فيه.

٤٧٦- المادة: يثبت نسب ولد المراهقة إذا آتت به لأقل من تسعة أشهر؛ لأنه يحبل في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر، كذا في البحر ج ٤ ص ١٧٢. ^(٢)

^(١) كذا في ردالمحتار (ج ٢ ص ٦٨٠) إن قيل: كيف يثبت بشهادة الرجا؛ لأن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل؟ قلنا: في ردالمحتار: وتصور فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولده، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقاً، آه.

^(٢) لأن لانقضاء عدة الصغيرة جهة متعينة وهي الثلاثة الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء، فإذا ولدت قبل مضي تسعة أشهر من وقت الطلاق تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة، وإن ولده لتسعة أشهر فأكثر فهو حمل حادث بعد انقضاء عدتها بالأشهر، كذا في البحر.

٤٧٧- المادة: اعلم أن الفراش إما ضعيف وهي الأمة، أو متوسط وهي أم الولد، أو قوي وهي المنكوحه، أو أقوى وهي المعتدة، ويثبت نسب ولد الأمة من المولى بمجرد الدعوى، وينتفي بمجرد النفي، ونسب ولد أم الولد يثبت من غير دعوة لكن ينتفي بمجرد النفي بخلاف ولد النكاح؛ فإنه لا ينتفي إلا باللعان، ويثبت نسب ولد المعتدة ولا ينتفي أصلاً لعدم اللعان.

وولد الزنا يثبت نسبه من أمه دون الزاني، ولا لعان بالقذف بنفي الولد في النكاح الفاسد والوطي بشبهة ولا ينتفي النسب، كذا في الفتاوى الأنقروية بتصرف.

الفصل الثالث عشر في أحكام النفقة^(١)

٤٧٨- المادة: قال محمد - رحمه الله تعالى -: النفقة الطعام والكسوة والسكنى. لو تزوج امرأة مسلمة كانت أو كتابية حرة كانت أو رقيقة وجب عليه نفقتها على حسب حال الزوجين: فإن كان الزوجان موسرين وجب عليه نفقة اليسار، وإن كانا معسرين وجب عليه نفقة الإعسار، وإن كان الزوجة موسرة وهو معسر أو بالعكس وجب نفقة الوسط، ولو منعت نفسها للمهر ولو بعد الدخول فلا تسقط به النفقة، كذا في السعديات ص ١٤٤).

٤٧٩- المادة: قلّو خرجت من بيت زوجها من غير إذنه مانعة من الزوج نفسها من غير حق كانت ناشرة ولا نفقة لها، ولو اختلفا في منشور فالقول قولها.^(٢)

٤٨٠- المادة: لو كانت الزوجة صغيرة لا توطأ فلا نفقة لها سواء كانت بمنزليها أو بمنزل زوجها، وإن كانت محبوسة، أو أخذها رجل من منزل الزوج راضية أو غير راضية، أو خرجت لأداء فريضة الحج معها محرم أو لا وليس الزوج معها، أو كانت مريضة وهي باقية في بيتها لم تزف فلا نفقة لها، ولو كان للزوجة خادم والزوج موسر وجب عليه نفقة الخادم^(٣) كذا في السعديات ص ١٤٥).

٤٨١- المادة: الزوجة الصحيحة إذا لم تمنع نفسها من الانتقال مع الزوج فلها النفقة طلبها الزوج أولاً، كذا في البحر ج ٤ ص ١٩٧) ولا يفرق بينهما لعجز الزوج عن نفقة، وتؤمر

(١) قال في البحر في باب النفقة: قالوا ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة: بالزوجية والقرابة والملك، آه ونفقة الرقيقة إنما تجب بالبوثة كذا في البحر.

(٢) أي حيث لا بينة له، وكذا تسقط بالنشور النفقة المفروضة، يعني إذا كان لها عليه نفقة أشهر مفروضة ثم نشرت سقطت تلك الأشهر الماضية، بخلاف ما إذا أمرها بالاستدانة فاستدانت عليه؛ فإنها لا تسقط، كذا في ردالمحتار.

(٣) قيد بيسار الزوج؛ لأنه لا يجب عليه نفقة الخادم عند إعساره وهو الأصح؛ لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكفي بخدمة نفسها.

بالاستدانة عليه ^(١) فإن كان القاضي شافعياً وافرقت بينهما نفقة قضاءه، وكذا لو فرقت حنفي وقع اجتهاده على ذلك، كذا في البحر ج ٤ ص ٢٠٠).

٢٨٢- المادة: إن قضى بنفقة الإعسار لم أيسر الزوج فعليه نفقة اليسار، ولا تجب نفقة المدة الماضية إلا بالقضاء أو الرضاء ^(٢)، وموت أحد الزوجين تسقط النفقة المقضية؛ لأنها صلة وليست بعوض، والصلاات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية ^(٣) كذا في البحر ج ٤ ص ٢٠٢-٢٠٥).

٢٨٣- المادة: لو عجل لها نفقة الشهر مثلاً بعد فرض القاضي أو التراضي ثم مات أحدهما فلا ترد شيئاً. (من المحل المزبور ج ٤ ص ٢٠٧).

٢٨٤- المادة: تجب النفقة لمعتدة الطلاق سواء كان رجعيًا أو بائناً، ولا تجب النفقة لمعتدة الموت ولا لمعتدة وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بمعصية من جهتها كالارتداد وتقبيل ابن الزوج، ^(٤) كذا في البحر ج ٤ ص ٢١٧).

^(١) لأنه لو فرقت بينهما لبطل حقه، ولو لم يفرقت لتأخر حقها، والأول أقوى في الضرر؛ لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فيستوفي في الثاني، كذا في البحر.

^(٢) لأن النفقة صلة وليست بعوض فلم يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك فيها إلا بمؤكد وهو القبض، والمراد بالرضا اصطلاحهما على قدر معين للنفقة، كذا في البحر.

^(٣) هذا إذا لم يأمرها القاضي بالاستدانة، وأما إذا أمرها بها فلا تسقط في الصحيح؛ لأن للقاضي ولاية عامة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، كذا في البحر.

^(٤) أما المتوفى عنها زوجها فلأن احتباسها ليس لحق الزوج، بل لحق الشرع؛ فإن التريض عبادة منها ألا ترى أن معنى التعريف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه، وأما الفرقة بمعصية من جهتها؛ فلأنها صارت حابسة لنفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت لاشرة، كذا في البحر.

٤٨٥- المادة: تجب النفقة لولده الصغير ولأبويه وأجداده وجداته لو كانوا فقراء، ولا يشارك الأب والجدة في نفقة ولده وأبويه، ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا بالزوجة والولادة، كذا في الكنز.

٤٨٦- المادة: لا تجب النفقة لمحرم ليس بقريب كالأخ من الرضاع، ولا لقريب غير محرم وإن كان وارثاً كابن العم، وتجب النفقة لمن هو جامع الوصفين أعني للقريب المحرم إذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب بقدر الإرث لو كان وارثه موسراً فإن كان له أم وأخ لأب وأم فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، كذا في البحر.

٤٨٧- المادة: الفقير لا يجبر على النفقة إلا لأربعة: للولد الصغير، والبنات البالغات ابكاراً كن أو ثيبات، والزوجة، والمملوك، كذا في نفقة الوالدين من الخالية.

٤٨٨- المادة: صح بيع عرض ابنه لا عقاره للنفقة، ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن، كذا في الكنز.

الفصل الرابع عشر في زوجة المفقود والمجنون والمرتد والغائب

٤٨٩- المادة: المفقود غائب لم تُدر حياته ولا موته، كما في البحر، وهو حي في حق نفسه لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته، وميت في حق غيره لا يرث ممن مات حال غيبته، كذا في خزانة المفتين. (من الهندية ج ٢ ص ٢٩٩).

٤٩٠- المادة: عن أبي حنيفة -رحمه الله تعالى-: أن مدة الفقد مفوض إلى رأي القاضي فيحكم بما أدى إليه اجتهاده فيقسم ماله حينئذ بين الأحياء من ورثته (الفتاوى الأنقروية) واختار الزيلعي؛ تفويضه للإمام، قال في الفتح: فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته، قال في النهر: وفي الينابيع: قيل: يفوض إلى رأي القاضي ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية كذا في ردالمحتار^(١) وقيل: إنه مقدر بموت أقران بلده وهو المذهب، وقيل تسعون سنة في الذخيرة عليه الفتوى.

حكم زوجة المفقود

٤٩١- المادة: تعد زوجة المفقود بعد مضي أربع سنين عند مالك -رحمه الله تعالى- وهو مذهب الشافعي -رحمة الله تعالى عليه- القديم، وأما الميراث فمذهبهما كمذهبنا في التقدير بتسعين سنة أو الرجوع إلى رأي الحاكم، وعند أحمد إن كان يغلب على حاله الهلاك كمن فقد في الصفين أو في مركب قد انكسر أو خرج لحاجة قريبة فلم يرجع فهذا بعد أربع سنين يقسم ماله ويعتد زوجته، بخلاف ما إذا لم يغلب كالمسافر لتجارة أو سياحة؛ فإنه يفوض إلى رأي الحاكم في رواية وفي أخرى بتسعين من مولده. (من الشامي ج ٣ ص ٣٦٢).

٤٩٢- المادة: قال القهستاني لو أفتى بقول مالك في موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن. (من المحل المزبور ج ٣ ص ٣٦٢).

(١) ردالمحتار ج ٣ ص ٣٦٣.

٤٩٣- المادة: الإعسار بالصدّاق يوجب التخيّر إذا لم يدخل بها، وبه قال الشافعي ومالك -رحمهما الله تعالى-، وقال أبو حنيفة -رحمه الله تعالى- هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما، وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد -رحمهم الله تعالى-: يفرق بينهما، وقال أبو حنيفة -رحمه الله تعالى-: لا. (بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣- في الفصل الثاني من الباب الثالث من كتاب النكاح).

٤٩٤- المادة: طريق تطليق زوجة المفقود أو الغائب الذي تعذر الإرسال إليه أو أرسل إليه فتعاند إن كان لعدم النفقة فإن الزوجة تثبت بشاهدين أن فلاناً زوجها غاب عنها ولم يترك لها نفقة ولا وكلاً بها ولا أسقطتها عنه وتحلف على ذلك فيقول الحاكم: فسخت نكاحه أو طلقته منه أو يأمرها بذلك ثم يحكم به، وهذا بعد التلوم بنحو شهر أو باجتهاده عند المالكية أو فوراً أو متراجحاً عند الحنابلة. (الحيلة الناجزة ص ١٢٤).^(١)

٤٩٥- المادة: زوجة المفقود إن تزوجت وجاء زوجها الأول يبطل العقد الثاني وهي للأول، وإن كان الثاني وطنها فعليه مهر المثل وتعتد من الثاني ثم ترد إلى الأول، كذا في المبسوط لشمس الأئمة ج ١١ ص ٣٧) وما في الهنديّة ج ٢ ص ٣٠٠) خلاف ذلك فهو ضعيف.^(٢)

^(١) ذكر هذا في ملحقات الحيلة الناجزة في فتوى العلامة الفاضل مفتي المالكية بالمدينة المنورة.

^(٢) عبارة الهنديّة هكذا: فإن عاد زوجها بعد مضي المدة فهو أحقّ بها، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها، آه.

اعلم أن المفقود على قسمين:

مفقود في الحروب ومظان الهلاك.

ومفقود ليس كذلك.

فالمفقود في الحروب ومظان الهلاك إن كانت قرائن موته ظاهرة ومضت مدة طويلة حتى غلب على الظن موته يحكم الحاكم بموته، قال ابن عابدين في ردالمحتار تحت قول صاحب الدر المختار واختار

الزيلعي تفويضه للإمام : " قال في الفتح: فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته. قال في النهر: وفي
الينابيع: قيل يفوض إلى رأي القاضي، ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية. وفي القنية: جعل هذا رواية عن
الإمام. اهـ، قلت: والظاهر أن هذا غير خارج عن ظاهر الرواية أيضا، بل هو أقرب إليه من القول بالتقدير؛
لأنه فسره في شرح الوهبانية بأن ينظر ويجهد ويفعل ما يغلب على ظنه فلا يقول بالتقدير؛ لأنه لم يرد به
الشرع بل ينظر في الأقران وفي الزمان والمكان ويجهد، وقال الزيلعي: لأنه يختلف باختلاف البلاد
وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص؛ فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في
أدنى مدة أنه قد مات اهـ ومقتضاه أنه يجهد ويحكم القرائن الظاهرة الدالة على موته وعلى هذا يفتي ما
في جامع الفتاوى حيث قال: وإذا فقد في المهلكة فموته غالب فيحكم به، كما إذا فقد في وقت
الملاقاة مع العدو أو مع قطاع الطريق، أو سافر على المرض الغالب هلاكه، أو كان سفره في البحر وما
أشبه ذلك حكم بموته؛ لأنه الغالب في هذه الحالات وإن كان بين احتمالين، واحتمال موته ناشئ عن
دليل لا احتمال حياته؛ لأن هذا الاحتمال كاحتمال ما إذا بلغ المفقود مقدار ما لا يعيش على حسب ما
اختلفوا في المقدار نقل من الغنية اهـ ما في جامع الفتاوى، وأفتى به بعض مشايخ مشايخنا وقال: إنه أفتى
به قاضي زاده صاحب بحر الفتاوى، لكن لا يخفى أنه لا بد من مضي مدة طويلة حتى يغلب على الظن
موته لا بمجرد فقدده عند ملاقاته العدو أو سفره البحر ونحوه إلا إذا كان ملكا عظيما؛ فإنه إذا بقي حيا
تشتهر حياته، فلذا قلنا: إن هذا مبني على ما قاله الزيلعي تأمل، اهـ. (ج ٣ ص ٣٦٣) وهكذا نُقِلَ في
الفتاوى الحقانية ج ٤ ص ٤٦٨).

فعلم من قول الزيلعي أن المعتبر غلبة ظن الحاكم عند وجود قرائن الموت ومع هذا لا بد من مضي مدة
طويلة فحينئذ يحكم الحاكم بموته.

ولا بد من حكم الحاكم بموته، في واقعات المفتين ص ٧٢ - عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - : أن مدة
لفقه مفوض إلى رأي القاضي فيحكم بما أدى إليه اجتهاده، هذا نص على أنه إنما يحكم بموته بقضاء؛
لأنه أمر محتمل فما لم يضم إليه القضاء لا يكون حجة، اهـ.

وكذا نقله عن الواقعات صاحب الدر المختار، ورجحه صاحب رد المحتار، وكذا رجحه صاحب
الطحطاوي على الدر المختار ج ٢ ص ٥١٠ =.

«وأما إذا لم يكن ثم حاكم يحكم بحكم الشرع فهناك يقوم مقام الحاكم العالم الثقة الذي يرجع إليه الناس في مهماتهم.

قال العلامة عبد الحي اللكنوي -رحمه الله تعالى- في عمدة الرعاية على شرح الوقاية ج ١ ص ٣٠٩: والعالم الثقة في بلدة لا حاكم فيها قائم مقامه، آه.

ونقل المفتي كفايت الله -رحمه الله تعالى- في كفاية المفتي ج ٦ ص ٢٣٣ عن الحديقة الندية شرح طريقة محمديّة: إذا خلا الزمان من سلطان ذي كفاية فالأمر مؤكّلة إلى العلماء ويجب على الأمة الرجوع إليهم وبصبر ولا فإذا عسر جمعهم على واحد استقل كل قطر باتباع علمائه فإن كثر فالمتبع أعلمهم فإن استورا أقرع بينهم، آه.

ومثله في كتب المالكية، في بلغة السالك لأقرب المسالك ج ٣ ص ٥٢٩: وتعتد زوجة المفقود حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة في أرض الإسلام عدة وفاة على ما تقدم، ابتداءً بعد الأجل الآتي بيانه إن رفعت أمرها للحاكم إن كان ثم حاكم شرعي، أو لجماعة المسلمين عند عدمه ولو حكما كما في زمننا بمصر؛ إذ لا حاكم فيها شرعي، ويكفي الواحد من جماعة المسلمين إن كان عدلاً عارفاً شأنه أن يرجع إليه في مهمات الأمور بين الناس، لا مطلق واحد وهو محمل كلام العلامة الأجهوري وهو ظاهر لا خفاء به، انتهى.

وبعد حكم الحاكم أو من يقوم مقامه بموته تعتد عدة وفاة.

في الفقه الحنفي في ثوبه الجديد ج ٢ ص ٢٧١: وإذا حكم القاضي بموته تعتد زوجته كما سبق منا عدة وفاة، آه.

القسم الثاني وهو المفقود الذي يظن بقاءه حياً إلى وقت كان خرج لسياحة أو تجارة أو طلب العلم أو ما أشبه ذلك، فحكمه عندنا أنه حيّ في حق نفسه وميت في حق غيره وهذا حاله إلى موت أقرانه في بلد، وقيل: في جميع البلاد، قيل: يقدر بتسعين سنة من حين ولادته، وقيل: بمائة، وقيل: بمائة وعشرين، واختار المتأخرون ستين، واختار ابن الهمام سبعين، كما في البحر، وتفصيل هذه الأقوال وترجيح ما هو الراجح مذكوران في كتب المذهب المذهب.

اعلم أن المتأخرين لما رأوا كثرة المفقودين وكان الزمان زمان الفتن جوزوا الفتوى عند الضرورة في امرأة المفقود خاصة دون ماله على مذهب مالك -رحمه الله تعالى-، وأما لو اختارت المرأة الصبر فالعمل -

«على المذهب لازم! لأن الفتوى والقضاء على مذهب الغير لا يجوز بدون الضرورة كما في الرسالة الحيلة الناجزة» لمولانا أشرف علي التهانوي - رحمه الله تعالى - (ص ٦٠).

وفي الدر المنقى شرح الملتقى ج ١ ص ٧١٤ - على هامش مجمع الأنهر، وفي جامع الرموز ج ٣ ص ٣٩٠، وفي ردالمحتار ج ٣ ص ٣٦٢، وفتح المعين ج ٢ ص ٤٨٦: أنه لو أفتى حنفي في هذه المسألة بقول مالك - رحمه الله تعالى - عند الضرورة لا بأس به، وكذا أفتى مولانا عبد الحي اللكنوي في عمدة الرعاية: وقال: أفتيت غير مرة بقول مالك، وكذا مولانا أشرف علي التهانوي في الحيلة الناجزة، وكذا في فتاوى دار العلوم ديوبند، وكفاية المفتي، والفتاوى الحقانية.

ويلزم عند القضاء على مذهب مالك - رحمه الله تعالى - في هذه المسألة أن يراعي شروط مذهبه، قال في الدر المختار ج ١ ص ٢٨١ - على هامش ردالمحتار: ولا بأس بالتقليد عند الضرورة لكن بشرط أن يلتزم جميع ما يوجبه ذلك الإمام؛ لما قدمنا أن الحكم الملقق باطل بالإجماع، آه كذا في الحيلة الناجزة.

ويشترط في مذهب مالك - رحمه الله تعالى - المرافعة إلى القاضي أو إلى جماعة العلماء إن لم يكن ثم حاكم شرعي فيطلب الحاكم أولاً البينة على نكاح امرأة مدعية مع الزوج الفلان المفقود بينة العقد أو بينة بالتسامع؛ فإن النكاح يثبت بشهادة التسامع، فإذا ثبت عنده النكاح بينهما، فيطلب البينة على فقد زوجها الفلان، فإذا ثبت عند القاضي فقدته يتفحّث ويفتش عن حال المفقود من حياته وموته بالطريق الذي يمكن ولا يكتفي بكشف أولياء الزوج أو الزوجة، ثم بعد اليأس من معرفة حياته وموته يضرب لها أجل أربع سنين فإذا انتهى الأجل فلا حاجة إلى القضاء بموته لكن الاحتياط أن تأتي المرأة أو وكيله إلى القاضي فيقضي بموت زوجها المفقود، هكذا في الحيلة الناجزة ثم اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، وعند انقضائها حلت ولها اختيار الزوج الآخر، وأما المدة قبل المرافعة فلا اعتبار لها سواء كانت طويلة أو قصيرة.

في المدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٠: قلت: أرايت امرأة المفقود اتعتد الأربع سنين في قول مالك بغير أمر السلطان؟ قال: قال: مالك لا، قال مالك: وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه فإذا يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين فقبل لمالك: هل تعد بعد الأربع سنين عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً من غير أن يأمرها السلطان بذلك؟ قال: نعم، ما لها وما للسلطان في الأربعة أشهر وعشر التي هي العدة، انتهى، وفي بداية المجتهد مثل ذلك. (ج ٢ ص ٤٢).

=ولا بد للقاضي من البحث عنه بنفسه أو أعوانه لا يكفي بتفتيش أولياء الزوج أو الزوجة؛ لما جاء في شرح الدردير ج ٢ ص ٤٧٩) ويؤجل من حين العجز عن خبره بالبحث عنه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها من البلدان بأن يرسل الحاكم رسولا يكتب لحاكم تلك الأماكن مشتمل على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش عنه فيها، آه وفي الشامل ج ١ ص ٤٧٨) ثم يؤجل الحر أربع سنين بعد العجز عن خبره لا حين الرفع على المشهور، آه وكذا في الحيلة الناجزة ص ٦٤).

وهذا مذهب مالك - رحمه الله تعالى - في امرأة المفقود خاصة لا في ماله وفي المفقود الذي فقد في دار الإسلام.

وأما المفقود في دار الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته، قال ابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٢): وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً، والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة: مفقود في أرض الإسلام، وقع الخلاف فيه، ومفقود في أرض الحرب، ومفقود في حروب الإسلام - أعني: فيما بينهم -، ومفقود في حروب الكفار، والخلاف عن مالك وعن أصحابه في ثلاثة الأصناف من المفقودين كثير: فأما المفقود في بلاد الحرب: فحكمه عندهم حكم الأسير، لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته، ما خلا أشهب؛ فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين. وأما المفقود في حروب المسلمين فقال: إن حكمه حكم المقتول دون تلوم. وقيل: يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه، وأقصى الأجل في ذلك سنة، وأما المفقود في حروب الكفار: ففيه في المذهب أربعة أقوال: قيل: حكمه حكم الأسير، وقيل: حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة، إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره، فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم. والقول الرابع: حكمه حكم المقتول في زوجته، وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله، انتهى.

والمراد من دار الحرب هي التي لم تكن بين أهلها وبين المسلمين مصالحة، وأما إذا كانت بينهم وبين المسلمين مصالحة ويمكن للمسلمين تفتيش المفقود في دارهم فحكم المفقود فيها كحكم المفقود في دار الإسلام؛ لأن مدار الفرق بين بلاد الإسلام وبلاد الحرب على الفتح والتفتيش عن حال المفقود في بلاد الإسلام فيوجد اليأس من معرفة موته فلو أمكن الفتح في بلدة الحرب أيضاً فحكمها حكم بلاد =

الإسلام، كذا في الحيلة الناجزة ص ٦٦) وكذا في فتوى العلامة محمد طيب بن إسحق الأنصاري المالكي المنقولة في آخر الحيلة الناجزة ص ١٢٥) وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَم.

(الخلاصة): المفقود إن كان مفقوداً في الحروب ومظان الهلاك كالمفقودين في واقعة جنرال عبد المالك فحكمه إن طلبت امرأته التفحّث في حق زوجها المفقود ولا تصبر حتى يستبين موته بالبينّة أو بموت أقرانه أن ترفع قضيته إلى القاضي أو إلى من يقوم مقامه فيطلب القاضي أولاً البينة على النكاح وعلى فقد الزوج، لم يكشف عن حاله حتى يغلب على ظنه موته فيحكم بموته، ثم تعدد زوجته عدة الوفاة فحلت ولها اختيار الزوج.

وإن لم يكن مفقوداً في الحروب ومظان الهلاك كمن خرج لطلب العلم أو للتجارة أو غيرهما وكان مفقوداً في دار الإسلام أو في دار الحرب لكن يمكن الفحّث عن حاله، فحكمه في حق امرأته خاصة إن طلبت التفحّث في حق زوجها المفقود ولا تصبر حتى يستبين موته بالبينّة أو بموت أقرانه أن ترفع قضيته إلى القاضي أو إلى من يقوم مقامه فيطلب القاضي أو من يقوم مقامه أولاً البينة على النكاح وفقد الزوج ثم ينكشف القاضي عن حال موته وحياته بالطريقة الممكنة في الوقت والدرايع التي توجد في الوقت الحاضر ثم بعد اليأس من معرفة حاله يؤجل امرأته أربع سنين فإذا انتهى الأجل اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وعند انقضاها حلت فلها اختيار الزوج، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَم وَعِلْمُهُ أَتَمُّ وَاكْمَل.

(نبيه): يلزم على القضاة الذين تقيّد قضاءهم بالمذهب الحنفي عند قضاء في امرأة المفقود على مذهب مالك - رحمه الله تعالى - أن يستجازوا من مقام الإمارة أو من الإدارة التي عندها هذا الاختيار؛ لأن القضاء يقبل التقيّد، في مجلة الأحكام المادة - ١٨٠ - القضاء يتقيّد إلخ.

وفي درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام: تقيّد القضاء بالعمل بقول مجتهد في المسائل الشرعية الخلافية، فلو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد أي باجتهاد مجتهد في خصوص؛ لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة القطر أوفق، فعلى القاضي أن يحكم برأي واجتهاد ذلك المجتهد، وقد ورد في تقرير المجلة (أنه من الواجب العمل بأمر إمام المسلمين بالعمل بأحد القولين في المسائل المجتهد فيها) فعلى ذلك ليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف ل رأي ذلك المجتهد فإذا عمل وحكم لا ينفذ حكمه؛ لأنه لما كان القاضي غير مأذون بالحكم بما ينافي ذلك الرأي فلم يكن القاضي قاضياً للحكم بالرأي المذكور، انتهى.

=(تمة): إذا تزوجت امرأة المفقود بعد حكم الحاكم بموته وبعد انقضاء عدة الوفاة ثم جاء الزوج الأول حياً ترد إلى زوجها الأول، ويفرق بينها وبين الآخر، ولها المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر.

في المبسوط للسرخسي - رحمه الله تعالى -: كان عمر - رضي الله تعالى عنه - يقول في المرأة إذا نعي إليها زوجها فاعتدت، وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حياً: إنه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر، هذا قوله الأول، وقد صح رجوعه عنه إلى قول علي - رضي الله عنه -، فإن علياً - كرم الله تعالى وجهه - كان يقول: ترد إلى زوجها الأول، ويفرق بينها وبين الآخر، ولها المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر وبهذا كان يأخذ إبراهيم - رحمه الله تعالى - فيقول: قول علي - رضي الله عنه - أحب إلي من قول عمر - رضي الله عنه -، وبه تأخذ أيضاً لأنه تبين أنها تزوجت، وهي منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحلات بل هي من المحرمات في حق سائر الناس كما قال الله تعالى: {والمحصنات من النساء} [النساء: ٢٤] فكيف يستقيم تركها مع الثاني ... ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمكوحة إذا وطئت بالشبهة. (ج ١ ص ٤٠).

وأما أولادها بعد نكاح الزوج الثاني فإن جاءت بالولد لستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثاني إلى سنتين فهو للثاني.

في المحيط البرهاني: قال أبو حنيفة: الأولاد للزوج الأول على كل حال، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين منذ دخل بها الزوج الثاني، فالولد للزوج الأول، وإن جاءت به لستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثاني إلى سنتين. قال أبو يوسف: هو للثاني، وقال محمد: هو للأول، وروى أبو عصمة سئل ابن معاذ عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة أنه رجع عن هذا القول وقال: الأولاد للثاني. فوجه قولهما: أن الثاني يساوي الأول في السبب الموجب لثبات النسب وهو الفراش، وترجح على الأول بحكم الوطء وما يقوم مقامه وهو الخلوة الصحيحة، انتهى. (ج ٣ ص ٣٣٤).

(تمة أخرى) نفقة امرأة المفقود ما دام في نكاحه وأولاده هل هي في ماله؟ نعم نفقة زوجته في ماله غنية كانت أو فقيرة، وكذا نفقة أولاده الصغار أو الكبار من الإناث أو الذكور، والأحوط أخذ الكفيل منهم؛ لجواز أن عجل النفقة لهم قبل فقده. =

٤٩٦- العادة: زوجة المجنون إذا كانت لا تطيق المقام معه فلها خيار الفسخ كالعنة عند محمد كما في كتاب الآثار لمحمد في باب الرجل يتزوج وبه عيب ^(١) إن كان الجنون حادثاً، وإن كان قديماً أو به مرض لا يرجى برؤه كالجب فلها الخيار إن شاءت رضيت وإن شاءت رفعت الأمر إلى الحاكم حتى يفرق بينهما، كذا في المضممرات، وفي الهندية ج ١ ص ٥٢٦ عن الحاوي القدسي وبه نأخذ. ^(٢)

في المبسوط: ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله ما خلا الزوجة؛ لأن حياته معلوم، ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة في مال الحي سوى الزوجة؛ لأن استحقاق الزوجة بالعقد، فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه، وذلك موجود في حق المفقود، فأما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة، وذلك ينعدم بغنى المستحق ... وينفق القاضي على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الإناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف ... وإن استوثق منهم بكفيل فحسن، وإن لم يأخذ منهم كفيل فهو مستقيم أيضاً إلا أن الأحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقها قبل أن يفقد، أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر في الاستيثاق بالكفيل، وهذا قولهم جميعاً؛ لأن هذه كفالة للمفقود وهو معلوم، ولكن لا يجب على القاضي أخذ الكفيل من غير خصم يطلب ذلك، وليس هنا خصم طالب، فلهذا يسهل أن لا يأخذ كفيلًا، انتهى بحذف. (ج ١ ص ٤١) وكذا في الهداية وشرحها البناية ج ٧ ص ٣٦٠) وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ وَعِلْمُهُ أَتَمُّ وَاكْمَل.

(تمة) لما كثر المفقودون في الحروب وغيرها وكان الزمان زمان الفتن أردتُ أن أذكر بعون الله تعالى وتوفيقه مسألة امرأة المفقود على ما وقع في قلبي عند مطالعة كتب المذهب فإن كان صواباً فمن الله تعالى وإلا فلا.

^(١) عبارة محمد - رحمه الله تعالى - هكذا: إن كان الرجل به العيب فإن كان عَيِّبًا يحتمل فالقول عندنا ما قاله أبو حنيفة - رحمه الله تعالى -، وإن كان عَيِّبًا لا يحتمل فهو بمنزلة المجهوب والعين تخير امرأته فإن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقت.

^(٢) عبارة الهندية هكذا: قال محمد - رحمه الله تعالى -: إن كان الجنون حادثاً يؤجله سنة كالعنة، ثم يخير المرأة بعد الحول إذا لم يبرأ، وإن كان مطبقاً فهو كالجب وبه نأخذ كذا في الحاوي القدسي، آه.

٤٩٧- المادة: منكوحة ارتدت - والعياذ بالله تعالى - حكى عن أبي النصر وأبي القاسم الصفار أنهما قالاً: لا يقع الفرقة بينهما حتى لا تصل إلى مقصودها إن كان مقصودها الفرقة، وفي الروايات الظاهرة يقع الفرقة وتحبس المرأة حتى تسلم ويجدد النكاح؛ سداً لهذا الباب عليها، كذا في قاضيهان في فصل الفرقة بين الزوجين ج ١ ص ٤٦٥) وعلى الأول أفتى بعض مشايخ سمرقند؛ حسماً لإحتيالها على الخلاص بأكبر الكبائر، وعامة مشايخ بخارا أفتوا بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول؛ لأن الحسم يحصل بذلك. ^(١) (فتح القدير باب نكاح أهل الشرك ج ٣ ص ٤٢٩).

^(١) ثم قال: ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدینار رضيت أم لا، وتعزز خمسة وسبعين، آه.

المقالة الثالثة في الحدود

الفصل الأول في حد الزنا

٤٩٨- المادة: الحد عقوبة مقدرة لله تعالى ^(١) فخرج التعزير؛ لعدم التقدير، وخرج القصاص؛ لأنه حق العبد فلا يسمى حداً ^(٢) والحدود شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس: ففي حد الزنا صيانة الأنساب، وفي حد السرقة صيانة الأموال، وفي حد الشرب صيانة العقول، وفي حد القذف صيانة الأعراض، كذا في البحر ج ٥ ص ٢).

شرائط إثبات الحد في الزنا ^(٣)

٤٩٩- المادة: ثبوت حد الزنا إما بشهادة أربعة من الرجال عند الحاكم ^(٤) وإما بإقراره أربعاً في المجالس الأربعة.

٥٠٠- المادة: الشرط الأول: إن كان ثبوت الزنا بالشهادة فلا بد أن يشهد الشهود بلفظ الزنا، فإن كانت الشهادة بلفظ الوطي أو الجماع لا يثبت الحد، كذا في البحر.

٥٠١- المادة: الشرط الثاني: اتحاد المجلس لصحة الشهادة، حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم لقول عمر - رضي الله تعالى عنه -: لو جاؤوا متفرقين مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم، كذا في البحر، وعن محمد إذا كانوا قعوداً في موضع فقام واحد بعد واحد

(١) هذا هو المعنى الشرعي للحد، وأما معناه لغة هو المنع. ومنه سمي البواب حداً؛ لمنعه الناس عن الدخول، والسجان حداً؛ لمنعه عن الخروج.

(٢) لأن الحد لا يقبل الإسقاط مطلقاً بعد ثبوت سببه عند الحاكم وحق العبد ليس كذلك.

(٣) هذه الشروط مأخوذة من كتاب الحدود من البحر فليراجع إليه.

(٤) إنما شرط في الزنا شهادة أربعة من الرجال؛ لقوله تعالى: {فاستشهدوا عليهن أربعة منكم} [النساء: ١٥] وقال تعالى {ثم لم يأتوا بأربعة شهداء} [النور: ٤] وقال - عليه السلام - «للذي قذف امرأته اثنتان بأربعة يشهدون على صدق مقالته» ولأن في اشتراط الأربع تحقيق معنى السر وهو مندوب إليه شرعاً.

وشهدوا بالشهادة جائزة وإن كانوا خارجين من المسجد فدخل واحد وشهد فخرج ثم دخل آخر لا تقبل.

٥٠٢- المادة: الشرط الثالث: أن الحاكم يسأل الشهود عن ماهية الزنا وهو إدخال الفرج؛ لأن الزنا يطلق على زنى العين أيضاً فإن بينوا حُدَّ وإلا لا. (الفتاوى الأنقروية).

٥٠٣- المادة: الشرط الرابع: أن يسألهم الحاكم عن كيفية الزنا أنه بالطوع أو بالإكراه فإن بينوا أنه بالطوع حُدَّ وإلا لا سواء كان الإكراه من السلطان أو غيره.

٥٠٤- المادة: الشرط الخامس: أن يسألهم عن مكان الزنا فإن بينوا أنه في دار الإسلام دون دار الحرب حُدَّ وإلا لا، كذا في البحر.

٥٠٥- المادة: الشرط السادس: أن يسألهم عن زمان الزنا فإن بينوا أن الزنا لم يتقدم عهده حُدَّ وإلا لا لأن الشهادة على حد متقدم سوى حد القذف لا يوجب الحد، وتقدير التقدم عند الإمام مفوض إلى رأي الحاكم في كل عصر لكن الأصح عند محمد أنه يقدر بشهر، كذا في البحر.

٥٠٦- المادة: الشرط السابع: أن يسألهم الحاكم عن مزنية فإن سألهم فلم يزيدوا على قولهم: إنهما زنيا. فلا حد على المشهود عليه ولا على الشهود، كذا في البحر.

٥٠٧- المادة: الشرط الثامن: أن يبينوا معاينة فعل الزنا بأن يقولوا رأيناه كالميل في المكحلة وإلا يسقط الحد للشبهة، كذا في البحر.

٥٠٨- المادة: الشرط التاسع: تعديل شهود الزنا سراً وجهاً فإن لم يثبت عدالتهم فلا يحكم بالحد، من البحر.

٥٠٩- المادة: الشرط العاشر: أن لا يتحقق شبهة كوطي معتدة الثلاث على ظن أنها حلال، أو كوطي أجنبية زفت إليه وقيل: هي زوجتك؛ فإنه لا حد في هاتين الصورتين، من البحر.

٥١٠- المادة: الشرط الحادي عشر: أن يكون الجماع في موضع مخصوص فلو كان في غير قبل لا يحد، كذا في البحر.

٥١١- المادة: الشرط الثاني عشر: أن يكون الزنا في دار الإسلام فلو وقع في دار الحرب أو البهي لا يحد، كذا في البحر والهداية.

٥١٢- المادة: الشرط الثالث عشر: أن لا يكون الزاني صبياً ولا مجنوناً فلو زنى صبي أو مجنون فلا حد، كذا في البحر.

٥١٣- المادة: الشرط الرابع عشر: أن لا يكون الزنا بمستأجرة فإن وطئ امرأة مستأجرة؛ ليزني بها فلا حد عند الإمام، وقال صاحبان: يجب الحد، كذا في البحر ج ٥ ص ١٩. (١)

٥١٤- المادة: الشرط الخامس عشر: أن لا يكون الزنا بالإكراه فلو زنى بإكراه سواء كان المكره سلطاناً أو غيره لا يجب الحد، كذا في البحر.

٥١٥- المادة: الشرط السادس عشر: أن لا يدعي الزاني أن المزنية امرأته فلو زنى رجل بامرأة فأخذ وقال: هي امرأتي وللمرأة زوج معروف فإنه يسقط الحد عنهما. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٥٢).

٥١٦- المادة: الشرط السابع عشر: فقدان عقد النكاح فلو نكح امرأة محرمة عليه وزنى بها لا يحد عند الإمام، وقال صاحبان: عليه حد، كذا في البحر.

٥١٧- المادة: الشرط الثامن عشر: أن تكون المزنية بالغة أو صبية تجامع مثلها فلو كانت صبية لا تجامع مثلها لا حد عليه. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٥١).

(١) أي إذا استأجرها؛ ليزني بها، أي ليس فيه حد عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -، ويعزر على قوله أشد العرب، كما في الطحطاوي على الدر المختار ج ٢ ص ٣٩٨) وكثير من الفقهاء رجحوا قول صاحبين. في الدر المختار: والحق وحبوب الحد كالمستأجرة للخدمة، آه وكذا رجحه ابن الهمام في فتح القدير ج ٥ ص ٤٢).

٥١٨- المادة: الشرط التاسع عشر: أن المزنية العاقلة البالغة إنما تحد إذا لم يكن من زنى بها صبياً فلو دعت صبياً فوطيها لا حد عليها علمت بالحرمة أو لم تعلم، كذا في الفتاوى الأنقروية نقلاً من حدود الخانية ج ١ ص ١٥٢).

٥١٩- المادة: الشرط العشرون: أن الشهادة إنما تكون موجبة للحد إذا كانت على نفس فعل الزنا، وإما إذا شهدوا على رجل: أنه أقر بالزنا لا تقبل شهادتهم ولا يلزم الحد. (الفتاوى الأنقروية نقلاً عن فتاوى ابن نجيم).

٥٢٠- المادة: الشرط الحادي والعشرون: أن لا تكون الشهادة على زنى الأخرس فلو كانت الشهادة على الأخرس فلا تقبل؛ لاحتمال أنه يدعي شبهة، من البحر.

والحد بالإقرار أيضاً لا يثبت إلا بالشروط

٥٢١- المادة: الشرط الأول: أن يكون الإقرار صريحاً فلو أقر الأخرس بالزنى بكتابة أو إشارة لا يحد؛ لعدم الصراحة، كذا في البحر.

٥٢٢- المادة: الشرط الثاني: أن لا يظهر كذبه في إقراره فلو أقر فظهر مجبواً أو أقرت فظهرت رتقاء بإخبار النساء لا حد في هاتين الصورتين. (من البحر).

٥٢٣- المادة: الشرط الثالث: أن لا يكون المقر بالزنى بحيث يكون زناه متعلقاً بمن به خرس فلو أقر: أنه زنى بخرساء، أو هي أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما، كذا في فتح القدير.

٥٢٤- المادة: الشرط الرابع: أن يكون إقراره في حالة الصحو؛ لما في المحيط لو أقر السكران بالزنى أو بالسرقة لا يحد. (من البحر).

٥٢٥- المادة: الشرط الخامس: أن يكون المقر عاقلاً بالغاً؛ لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر وغير موجب للحد. (من الهداية).

٥٢٦- المادة: الشرط السادس: أن يكون الإقرار أربع مرات في أربع مجالس بأن يذهب المقر بحيث يتوارى عن بصر القاضي كما فسرهُ محمد - رحمه الله تعالى -، وإن لم يكن إقراره كذلك لا يوجب الحد. (من البحر).

٥٢٧- المادة: الشرط السابع: أن يجيب المقر عن الأشياء الخمسة عند سؤال الحاكم: ماهو، وكيف هو، وأين زنى، ومتى زنى، ومن زنى. (من البحر).

٥٢٨- المادة: الشرط الثامن: أن يكون ثبوت الإقرار للحاكم بنفسه في مجلسه لا بالبينه والشهادة؛ لأن البينة على الإقرار لا تقبل أصلاً. (من البحر).

٥٢٩- المادة: الشرط التاسع: أن إقرار المقر بالزنى إنما يوجب الحد إذا لم يكذبه الآخر فلو كذبه يسقط الحد، فإن أقر الرجل بالزنى بفلانة وكذبتهُ دُرَى الحد عن الرجل. (من البحر).

٥٣٠- المادة: إن الإقرار إنما يكون موجبا للحد إذا لم يرجع المقر عن إقراره قولاً ولا فعلاً كما إذا هرب، فإن رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه سقط الحد. (من البحر).

٥٣١- المادة: وندب تنقيته بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة، فإن كان محصناً رجمه يبدأ الشهود به فإن امتنع الشهود^(١) أو غابوا أو ماتوا سقط الحد، وإن كان من زنى غير محصن يجلد مائة جلدة للحر ونصفها للعبد بسوط لا عقدة له متوسطاً وفرق على بدنه. (من البحر).

(١) أي إن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد، لأنه دلالة الرجوع وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية؛ لفوات الشرط، ولا يجب الحد عليهم لو امتنعوا؛ لأنه دلالة الرجوع لا صريحه، وامتناع البعض أو غيبته كالكل، وكذا إذا خرج بعض الشهود عن الأهلية بارتداد أو عمى أو حرس أو فسق سواء كان قبل القضاء أو بعده؛ لأن الإمضاء من القضاء في الحدود، كذا في البحر.

٥٣٢- المادة: شرائط الإحصان ستة: إسلام الزوجين، وبلوغهما، وعقلهما، وحرتهما، والدخول بالمنكوحة بنكاح صحيح، ^(١) وإحصان كل واحد من الزوجين شرط عندنا؛ ليصير الآخر به محصناً، فلو أن عاقلاً بالغاً حراً تزوج امرأة صغيرة أو أمة أو ذمية ودخل بها لا يصير محصناً. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٤٩).

٥٣٣- المادة: وإحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط لوجوب الرجم على أحدهما حتى لو كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن فالمحصن منهما يرجم وغير المحصن يجلد. (من حدود البدائع في فصل الإحصان).

٥٣٤- المادة: ثمانية من الأحكام لا يجوز جمعها مع الثمانية - ١ - الحد مع المهر ^(٢) - ٢ - الأجر مع الضمان - ٣ - العشر مع الخراج - ٤ - الوصية مع الميراث - ٥ - زكاة الفطر مع زكاة التجارة - ٦ - القصاص مع الدية - ٧ - الجلد مع الرجم - ٨ - ^(٣) (من خزانة المفتين والتأريخانية).

٥٣٥- المادة: لو اعتاد اللواط قتل الإمام محصناً كان أو غير محصن سياسة، كذا في الوطني الذي لا يوجب الحد. (من حدود ابن الهمام).

٥٣٦- المادة: الذمي إذا زنى بذمية وثبت عليهما بطريق شرعي تحدان بالجلد لا بالرجم عند الإمام - رحمه الله تعالى - خلافاً للشافعي - رحمه الله تعالى - (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٥٢).

^(١) هذا ينظم شرطي النكاح: الصحيح، والدخول فيه فكملت الستة.

^(٢) أما الحد مع الضمان ففي الأنقروية ج ١ ص ١٥٢: لا يجتمعان إلا في مسألتين. الأولى إذا زنى بجارية بكر يجب الحد ونقصان البكارة، والثانية إذا شرب حمر ذمي بغير إذنه يجب الحد وقيمة الحمر آه.

^(٣) لعل الثامن ترك من الناسخ، ولعل الثامن لا يجتمع الحد مع اللعان، وذكر في النطف: زيادة على هذا لا يجتمع الحيض مع الحمل، ولا الإطعام مع الصيام، ولا السكاح مع ملك اليمين، ولا البينة واليمين، ولا المهر مع المتعة في معنى الوجوب.

٥٣٧- المادة: واطي البهيمة يعزر فإن كانت البهيمة للواطي ففي شرح الطحاوي وحدود الأصل: تذبح ولا تؤكل ^(١) وفي الفتاوى الصغرى: إنها تؤكل، وأفتى أبو سعيد بهذا، وقال الصدر الشهيد: الاعتماد على رواية شرح الطحاوي. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٥٢).

^(١) بل تحرق بعد الذبح؛ لقطع التحدث، ولا تحرق قبل الذبح، وإن كان لغير الواطي يضمن الفاعل ثم تذبح، كذا في الأنقروية.

الفصل الثاني في حد القذف

٥٣٨- المادة: القذف نسبة المحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة^(١) والقذف إنما يوجب

الحد بشروط:

٥٣٩- المادة: الشرط الأول: إحصان المقدوف، وهو أن يكون عاقلاً بالغاً حراً مسلماً

عفيفاً عن الزنا فلا حد على من يقذف الصبي والمجنون والعبد والكافر وغير العفيف، كذا في السعديات ص ٢١٧).

(١) قذف المحصن من الكبائر إجماعاً قال الله تعالى: {إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم} [النور: ٢٣] وليس هو من الكبائر مطلقاً بل بحضرة أحد أما القذف في الخلوة فصغيرة عند الشافعية كما في شرح جمع الجوامع وقواعدنا لا تاباه؛ لأن العلة فيه لحوق العار وهو مفقود في الخلوة، وأما قذف غير المحصن فليس من الكبائر؛ لأنه قيد به في الآية الكريمة ولذا لم يجب به الحد، كذا في البحر.

في التنف: ولا يضرب القاذف الحد إلا أن تكون خمس عشرة خصلة في المقدوف: أحدها: أن يكون مسلماً، والثاني: أن يكون حراً، والثالث: أن يكون بالغاً، والرابع: أن يكون عاقلاً في قول أبي حنيفة وصاحبيه وأبي عبد الله وفي قول مالك يحد المجنون والصبي ولا يحد الصبي، والخامس: أن يكون عفيفاً، والسادس: أن يكون متكلماً ولا يكون أعمس، والسابع: أن لا يكون محدوداً في الزنا، والثامن: لم يكن وطئ امرأة بنكاح فاسد، والتاسع: لم يكن وطئ امرأة بملك فاسد، والعاشر: لا يكون مجنوناً، والحادي عشر: أن لا تكون رتقاء إن كانت امرأة، والثاني عشر: لا يكون ولده، والثالث عشر: لا يكون ولد ولده، والرابع عشر: لا يموت قبل أن يحد القاذف فإن مات فإنه لا يحد؛ لأن الحدود لا تورث في قول أبي حنيفة وصاحبيه وأبي عبد الله وتورث في قول الشافعي، والخامس عشر: أن يطلب المقدوف الحد، انتهى.

وفي الأنقرورية: أربعة عشر نفرأ يعزر قاذفهم ولا يحد، إذا قذف عبداً، أو أمة، أو مدبراً، أو مكاتباً، أو أم ولد، أو صبيّاً، أو مجنوناً، أو كافراً، أو محدوداً، أو قال: زنيت بأتان، أو ببقرة، أو محدوداً في الزنى، أو امرأة ملاءنة بولد، أو قذف امرأة ولها أولاد لا يعرف لهم والد، من خزانة الفقيه أبي الليث. (ج ١ ص ١٥٣).

٥٤٠- المادة: الشرط الثاني: عجز القاذف عن إثبات قذفه بالبينه وإن أقام البينة حُدّ المَقْدُوف حد الزنا وبرئ القاذف، كذا في السعديات ص ٢١٨).

٥٤١- المادة: الشرط الثالث: أن لا يكون المَقْدُوف أخرس؛ لأن الحد لا يكون إلا بطلب المَقْدُوف، وطلب الأخرس بالإشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه. (من البحر ج ٥ ص ٣٤).

٥٤٢- المادة: الشرط الرابع: أنه لا بد لوجوب الحد من تصور الزنا من المَقْدُوف حتى لو قذف الرتقاء أو مجبواً لا يجب الحد؛ لأنهما لا يلحقهما العار؛ لكذبه بيقين. (من البحر ج ٥ ص ٣٤).

٥٤٣- المادة: الشرط الخامس: أن يثبت القذف بشهادة رجلين أو بإقرار القاذف مرة، ولا تقبل فيه شهادة النساء ولا شهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي. (من البحر ج ٥ ص ٣٢).

٥٤٤- المادة: من قذف أو زنى أو شرب مراراً فحد فهو لکله، ولو قذف واحد جماعةً بكلمة أو كلمات متفرقة فيحد حداً واحداً. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٥٣).

٥٤٥- المادة: من قال لغيره في غضب: لست بابن فلان لأبيه يحد، ولو قال في غير غضب لا يحد، ^(١) كذا في القذف من الهداية.

٥٤٦- المادة: إذا حُدّ المسلم بسبب قذفه فلا شهادة له أبداً وإن تاب.

٥٤٧- المادة: حد القذف أن يجلد ثمانين جلدة، كذا في السعديات ج ١ ص ٢٢١).

^(١) لأنه عند الغضب يراد به حقيقته سباً له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته له في أسباب المروءة، كذا في البحر ج ٥ ص ٣٦.

٥٤٨-المادة: يبطل حد القذف بموت المقتول، ولا يبطل برجوع القاذف عن الإقرار ولا بعفو المقتول سواء كان بعوض أو بغيره، لكن إن ذهب العافي لا يقيم الحد؛ لعدم الطلب فإن عاد وطلب يحد. ^(١) (من البحر ج ٥ ص ٣٩).

^(١) في البحر: وقد توهم بعض حنفية زماننا من عدم صحة العفو أن القاضي يقيم الحد عليه مع عفو المقتول، وهو غلط فاحش؛ فقد صرح في المبسوط بأنه إذا قضى القاضي بحد القذف على القاذف ثم عفا المقتول عنه بعوض أو بغير عوض لم يسقط الحد ولكن الحد وإن لم يسقط بعفوه فإذا ذهب العافي لا يكون للإمام أن يستوفيه؛ لما بينا أن الاستيفاء عند طلبه وقد ترك الطلب إلا إذا عاد وطلب فحينئذ يقيم الحد؛ لأن العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم إلى الآن. اهـ.

الفصل الثالث في حد الشرب

٥٤٩- المادة: حد شرب الخمر وحد السكران من غير الخمر ثمانون جلدة بخشبة أو جريدة أو نعل أو قطعة جلد^(١) وللعبد نصفه، كذا في السعديات ج ١ ص ٢١٧).

٥٥٠- المادة: يثبت الشرب بشهادة رجلين أو بإقرار مرة، ولا تقبل فيه شهادة النساء،

من الهداية.

وحده الشرب مشروط بشروط

٥٥١- المادة: يشترط لحد الشارب أن يكون عاقلاً بالغاً مسلماً ناطقاً فلا حد على

صبي ومجنون وكافر وأخرس سواء ثبت شربهم بشهادة أو الإقرار. (من البحر ج ٥ ص ٢٨).

^(١) هذا التعميم لم أجده في كتبنا لكن الظاهر من تخصيص السوط بالذكر فيها عدم التعميم، وفي المجموع شرح المذهب من الكتب الشافعية، واختلفوا في الجلد: فقال بعض الشافعية: الجلد بالجريد، وقد صرح القاضي أبو الطيب ومن تبعه بأنه لا يجوز بالسوط، وصرح القاضي حسين بتعين السوط، واحتج بأنه إجماع الصحابة، وخالفه النووي في شرح مسلم فقال: أجمعوا على الاكتفاء بالجريد والنعال وأطراف الثياب، ثم قال: والأصح جوازه بالسوط، وحكى الحافظ عن بعض المتأخرين أنه يتعين السوط للمتمردين وأطراف الثياب والنعال للضعفاء ومن عداهم بحسب ما يليق بهم، آه. (ج ٢٠ ص ١٢٠).

وفي المعنى: أن الضرب بالسوط. ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في هذا، في غير حد الخمر. فأما حد الخمر، فقال بعضهم: يقام بالأيدي والنعال وأطراف الثياب، وذكر بعض أصحابنا: أن للإمام فعل ذلك إذا رآه؛ لما روى أبو هريرة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أتى برجل قد شرب، فقال: اضربه قال: فمننا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه» رواه أبو داود ولنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا شرب الخمر، فاجلدوه» والجلد إنما يفهم من إطلاقه الضرب بالسوط، ولأنه أمر بجلده، كما أمر الله تعالى بجلد الزاني، فكان بالسوط مثله، والخلفاء الراشدون ضربوا بالسياط، وكذلك غيرهم، فكان إجماعاً، آه. (ج ٩ ص ١٦٨).

٥٥٢- المادة: يشترط اتفاق الشاهدين في الوقت والمشروب فلو اختلفا في الوقت أو شهد أحدهما: أنه سكر من الخمر، والآخر أنه سكر من غيرها لا يحد. (من المحل المزبور ج ٥ ص ٢٨).^(١)

٥٥٣- المادة: يشترط أن يعلم شربه طوعاً بأن يشهد الشهود: أنه شربه طائعاً بدون الشرب مكرهاً؛ فإنه لا يوجب الحد^(٢) ويشترط أن لا يكون الشرب في دار الحرب. (من البحر ج ٥ ص ٢٨).

٥٥٤- المادة: يشترط وجود الرائحة عند أداء الشهادة في المسافة القريبة، وعند تحمل الشهادة في المسافة البعيدة، فلو أقر أو شهدا بعد مضي ريحها لا يحد. (من البحر ج ٥ ص ٢٨).^(٣)

٥٥٥- المادة: يشترط أن لا يكون إقرار الشارب بالشرب في حالة السكر وزوال العقل وإلا فلا حد؛ لأن كل حد خالص لله تعالى فلا يصح إقرار السكران به. (من البحر ج ٥ ص ٣٠).

٥٥٦- المادة: ويشترط أن لا يرجع الشارب عن إقراره فلو رجع عما أقر فيعمل الرجوع كسائر الحدود، ويسقط الحد للشبهة؛ لأنه يحتمل أن يكون صادقاً (من البحر ج ٥ ص ٣٠).

^(١) وكذا يشترط اتفاقهما فعل الشرب فلو شهد أحدهما: أنه شربها وشهد الآخر بإقراره بشربها لا يحد، كذا في البحر.

^(٢) لو شهدا: أنه شربها طوعاً، وقال: أكرهت عليها لا يقبل قوله؛ لأن الشهود شهدوا عليه بالشرب طائعا فلو قبل قوله كان لكل من شهد عليه بالشرب أن يقول: كنت مكرها فيرتفع الحد، كذا في البحر عن الخالية.

^(٣) في البحر: وإن كان المكان بعيداً فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولوا: أخذناه وريحها موجودا لأن مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة، فيحتاجون إلى ذكر ذلك للحاكم، آه.

الفصل الرابع في حد السرقة

٥٥٧- العادة: السرقة في الشرع أخذ العاقل البالغ لصاً محرراً أو ما قيمته نصاب ملكاً للغير لا شبهة فيه على وجه الخفية، كذا في الاختيار شرح المختار، ثم إن كانت السرقة نهاراً اعتبرت الخفية ابتداءً وانتهاءً وإن كان كانت ليلاً اعتبرت ابتداءً فقط، كذا في النهر الفائق. (١)

٥٥٨- المادة: الحرز على نوعين حرز بالمكان كالبيت والدار والحانوت والخيمة والمجرين، وحرز بالحافظ كمن جلس على الطريق وعنده متاعه. (١)

فيقطع من سرق من هذين النوعين من المال المحرز بشرط النصاب، كذا في السعديات ج ١ ص ٢٢٨).

فيقطع من سرق من هذين النوعين من المال المحرز بشرط النصاب، كذا في
السعديات ج ١ ص ٢٢٨).

(١) السرقة في اللغة أخذ الشيء على سبيل الخفية والاستمرار بغير إذن المالك، سواء كان المأخوذ مالا أو غير مال، وفي الشريعة ما ذكره المصنف، والمعنى اللغوي مراعى فيه ابتداء وانتهاء، أو ابتداء في بعض الصور كما إذا نقب البيت خفية وأخذ المال مكابرة وذلك يكون ليلا؛ لأنه ربما أحسوا به فكابر وأخذ ولا غوث بالليل فيقطع، أما النهار لو فعل ذلك لا يقطع؛ لأنه يلحقهم الغوث فلا يمكنه ذلك، فيشترط الخفية ليلا ونهارا فهي مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه، وفي قطع الطريق وهي السرقة الكبرى مسارقة عين الإمام وأعوانه؛ لأنه المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه، لأن الأموال إنما تصير مصنونة محروزة بحفظ الإمام وحمائمه، كذا في الاختيار ج ٤ ص ١٠٢).

وفي البحر: هل المعتبر كونها خفية على زعم السارق أو المسروق منه؟ فهي رباعية فلو كان السارق يعلم أن صاحب الدار يعلم بدخوله وعلم به صاحب الدار أيضا فلا قطع، أو لم يعلما فيقطع اتفاقا، أو كان صاحب الدار يعلم بدخوله والسارق لا يعلم أنه يعلم، فإنه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم السارق، وإن كان على عكسه بأن زعم اللص بأن صاحب الدار علم به وصاحب الدار لم يعلم ففي التبين لا يقطع؛ لأنه جهر، وفي الخلاصة والمحيط والذخيرة أنه يقطع؛ اكتفاء بكونها خفية في زعم أحدهما أيهما. (ج ٥ ص ٥٤).

(١) كذا في البحر ج ٥ ص ٦٢) والإخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم.

ثم للقطع شروط متى تحققت وجب القطع وإلا فلا يقطع

٥٥٩- المادة: الشرط الأول: أن يكون السارق مكلفاً فلو سرق الصبي والمجنون فلا قطع؛ لأن القطع عقوبة، وهما ليسا من أهلها لكنهما يضمنان المال، ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع، كذا في البدائع ج ٧ ص ٦٧).

٥٦٠- المادة: الشرط الثاني: الإخفاء فلو أخذ جهرأ مغالبة أو نهباً أو اختلاصاً فإنه لا قطع فيه. (من البحر ج ٥ ص ٥٤).

٥٦١- المادة: الشرط الثالث: النصاب وهو أن يكون المسروق قدر عشرة دراهم، فلو كان أقل فلا قطع، ولو كان السارق جماعة وتحقق في نصيب كل واحد نصاب السرقة قطعوا وإلا فلا. (من البحر ج ٥ ص ٥٧).^(١)

٥٦٢- المادة: الشرط الرابع: أن يكون المال المسروق محرراً بمكان سواء كان مفتوح الباب، أو لا باب له، أو مغلق الباب، أو محرراً بحافظ سواء كان الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده، من الهداية فصل في الحرز من كتاب السرقة.

٥٦٣- المادة: الشرط الخامس: أن تكون السرقة في دار العدل فلا يقطع في السرقة في دار الحرب ودار البغي، فلو سرق بعض تجار المسلمين من البعض في دار الحرب ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لا قطع.^(٢)

(١) لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بحنابته فيعثر كمال النصاب في حقه، كذا في البحر.

(٢) لأنه لا يد للإمام في دار الحرب، ولا على دار البغي، فالسرقة الموجودة فيهما لم تنعقد سبباً لوجوب القطع، فلا تستوفى في دار الإسلام، كذا في البدائع ج ٧ ص ٨٠.

٥٦٨-العادة: الشرط العاشر: أن يكون المال المسروق مملوكاً لغيره فلا قطع في مال

الوقف وحصير المسجد وأستار الكتبة وإن كان محرراً. (من البحر ج ٥ ص ٥٥).

٥٦٩-العادة: الشرط الحادي عشر: أن لا يكون المسروق فيه شركة للسارق أو شبهة

شركة فلو سرق مالاً مشتركاً بينه وبين غيره أو سرق من بيت المال فلا قطع. (من البحر ج ٥ ص ٦٠).^(١)

٥٧٠-العادة: الشرط الثاني عشر: أن يشهد بالسرقة رجلان، أو أقر مرة ولم يرجع عن

الإقرار فإن رجع سقط القطع لا الضمان^(٢)؛ لأنه يصح الرجوع عن الإقرار في الحدود كلها إلا حد القذف. (من البحر ج ٥ ص ٥٦).

٥٧١-العادة: الشرط الثالث عشر: أن لا يكون المال المسروق مما يوجد مباحاً فلا

قطع بأخذ خشبة وحشيش وقصب وسمك وطيور وصيد وزرنيخ ومغرة أعني الطين الأحمر وتورة وفحم وأشنان وزجاج وملح وخزف بخلاف الساج والأنبوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ والذهب والفضة والعود والمسك والعنبر والزعفران والأدهان والقناديل والأبواب والأواني المتخذة من الخشب؛ فإنه يقطع فيها. (من البحر ج ٥ ص ٥٨).

٥٧٢-العادة: الشرط الرابع عشر: أن لا يكون المسروق مما يتسارع إليه الفساد فلا

قطع في فاكهة رطبة ولبن ولحم وزرع لم يحصد ومشروب حلوا أو مَر.

قال، بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار، وأما إذا قال السارق بعد الإقرار: إنه ملكه فيسقط القطع بالاتفاق، كذا في البناية ج ٧ ص ٦٥).

^(١) لأنه إذا كان للسارق فيه شركة حقيقية أو شبهة شركة يورث الشبهة والحدود تندرا بها كذا في البحر.

^(٢) لأن الرجوع في حق المال لا يصح أصلاً لأن صاحب المال يكذبه.

٥٧٣- العادة: الشرط الخامس عشر: أن لا يكون المسروق من آلات اللهو أو مما ينهى عنه فلا قطع في التنبور والعود وصيلب ذهب وورد وشطرنج. (من البحر ج ٥ ص ٥٨- والسعديات).

٥٧٤- العادة: الشرط السادس عشر: أن لا يكون المسروق مما يتأول فيه السارق بأنه أخذه للقراءة فلا قطع في أخذ مصحف، كما في الكثر^(١) ولا في أخذ كتب الفقه والحديث والعربية واللغة والشعر، كذا في السعديات ج ١ ص ٢٦٦).

٥٧٥- العادة: الشرط السابع عشر: أن لا يملك السارق المسروق بهبة وشراء ولو بعد الحكم وإن ملك فلا قطع^(٢) كذا في السعديات ج ١ ص ٢٣١).

٥٧٦- المادة: الشرط الثامن عشر: أن لا يكون السرقة في زمن القحط والغلاء وإلا فلا قطع للضرورة، كذا في السعديات ج ١ ص ٢٢٥، لقوله -عليه الصلاة والسلام-: لا قطع في مجاعة المضطرة، ولقول عمر -رضي الله تعالى عنه-: لا قطع في عام سنة، كذا في البحر ج ٥ ص ٥٨).

٥٧٧- العادة: وإذا تم شروط القطع وثبت السرقة فيقطع يمين السارق من الزند وتحسم، فإن سرق ثانياً فقطعت رجله اليسرى، وإن سرق ثالثاً لم يقطع ويخلد في السجن

^(١) في البحر: لا قطع في سرقة مصحف ولو كان عليه حلية من ذهب أو فضة؛ لأن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه، ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب، وإحرازه لأجله لا للجلد، والأوراق، والحلية، وإنما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب. (ج ٥ ص ٥٨)

^(٢) في البحر: لو ملكه السارق بعد القضاء بالقطع فلا قطع فلأن الإمضاء من القضاء في هذا الباب؛ لوقوع الاستثناء عنه بالاستيفاء إذ القضاء للإظهار، والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده، وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء، ويشترط في الهبة القبض ليحصل الملك كما في الهداية. (ج ٥ ص ٦٩).

حتى يتوب، كذا في الهداية، وللإمام أن يقتله مياسة؛ لسعيه في الأرض الفساد^(١) كذا في السراجية.

(١) إنما لم يقطع في الثالثة لقول علي - رضي الله عنه - فيه: إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً باكل بها ويستحي بنا ورجلا يمشي عليهما، فللهذا حاج بقية الصحابة - رضي الله عنهم - فجمعهم فأنعقد إجماعاً، ولأنه إهلاك معنى؛ لما فيه من تقويت جنس المنفعة، والحد زاجر، ولأنه نادر الوجود، والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص؛ لأنه حق العبد فيستوفى ما أمكن؛ جبراً لحقه، وما ورد من الحديث من قطع يده اليسرى في الثالثة، والرجل اليمنى في الرابعة فقد طعن الطحاوي، أو نحمله على السياسة. وفي الفتاوى السراجية للإمام أن يقتله مياسة، كذا في البحر ج ٥ ص ٦٧.

(تمة): من شرائط القطع: أن لا يكون السارق ماذوناً في الدخول إلى الحوز الذي سرق منه. ومنها: أن لا يكون بين السارق والمسروق منه زوجية.

ومنها أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على المال حتى لا يقطع السارق من السارق. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٥٩).

(تبيه): فإن قيل: ما الحكمة في قطع يد قيمتها ألف بسرقه عشرة، وذلك مما لا يمثاله في الظاهر، وقد أخبر ألا يجزي إلا مثلها، فكيف جزي هذا بأضعاف ذلك؟ قيل: لهذا جوابان، أحدهما: أن جزاء الدنيا محنة يمتحن بها المرء، والله أن يمتحن عباده بأنواع المحن ابتداء على غير جعل ذلك؛ جزاء لكسب يكتسب، فمن له الامتحان بأنواع المحن على غير جعلها جزاء لشيء كان له الامتحان بأن يجعل ما يساوي ألولا جزاء فلس أو حبة، وبالله العصمة والنجاة.

والثاني: أن ليس القطع في السرقة جزاء ما أخذ من المال، ولكنه جزاء ما هتك من الحرمة؛ ألا ترى أنه قال: (جزاء بما كسب)، ولم يقل: جزاء بما أخذ من الأموال! فيجوز أن يبلغ جزاء تلك الحرمة قطع البدن، وإن قصر علم البشر عن ذلك؛ لأن مقادير العقوبات إنما يعرف من يعرف مقادير الأجرام، وليس أحد من الخلاق يحتمل علمه مبلغ مقادير الأجرام، فإذا لم يحتمل علمهم مبلغ مقاديرها لم يحتمل معرفة مقادير عقوباتها، فإذا كان كذلك فحق القول فيه الاتباع والتسليم بعد العلم في الاتباع أن الله لا يجزي بالسبنة إلا مثلها، وبالله التوفيق. (تفسير الماتريدي).

الفصل الخامس في حد السرقة الكبرى

٥٧٨- المادة: سميت سرقة كبرى؛ لأن فيها إخفاء عن الإمام أو الأمير، كما في

السعديات.

٥٧٩- المادة: يثبت قطع الطريق أعني السرقة الكبرى بالإقرار مرة واحدة، وقبل رجوع

القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال، ويثبت بشهادة الاثنين على معاينة القطع أو الإقرار فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر بالإقرار لا تقبل، كذا في فتح القدير.

ثم لإيجاب الحد في السرقة الكبرى شروط متى تحققت يجب الحد والا لا^(١)

٥٨٠- المادة: الشرط الأول: أن يكون لقطاع الطريق منعة وشوكة بحيث لا يمكن

للمارة المقاومة معهم^(٢) كذا في الهندية ج ٢ ص ١٨٤.

٥٨١- المادة: الشرط الثاني: أن يكون خارج الأمصار بعيداً عنها، ويكون بينهم وبين

المصر مسيرة ثلاثة أيام ولياليها، كذا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف -رحمه الله تعالى- إذا كان بينهم وبين المصر أقل من مسيرة ثلاثة أيام أو قطع الطريق في المصر ليلاً أجري عليهم أحكام قطاع الطريق، وعليه الفتوى^(٣) (من المحل المزبور ج ٢ ص ١٨٤)، وكذا في النابغ والاختيار.

^(١) هذه الشرائط الستة مذكورة في الهندية في الباب الرابع في قطاع الطريق من كتاب السرقة ج ٢ ص ١٨٤.

^(٢) لا يشترط في قطاع الطريق أن يكونوا متعددين بل يكون قطع من الواحد أيضاً إذا كان له قوة المقاومة بالسلاح أو غيره، كما في الدرر شرح الفرد ج ٢ ص ٨٥.

^(٣) الظاهر في هذا الزمان أنه يتحقق في الأمصار ثَمَاراً أيضاً إذا كان معهم السلاح فلأن الناس لا يتعاون بعضهم بعضاً كما هو المشاهد، في المنسوط ج ٩ ص ٢٠١ - وقد قال بعض المتأخرين: أن أبا حنيفة -رحمه الله تعالى- أجاب بذلك بناء على عادة أهل زمانه، فإن الناس في المصر، وفيما بين القرى كانوا -

٥٨٢- المادة: الشرط الثالث: أن يكون ذلك في دار الإسلام. (من المحل المزبور).

٥٨٣- المادة: الشرط الرابع: أن يوجد جميع ما شرط في السرقة الصغرى. (من المحل المزبور).

٥٨٤- المادة: الشرط الخامس: أن يكون القطاع كلهم أجنب في حق صاحب الأموال. (من المحل المزبور).

٥٨٥- المادة: الشرط السادس: أن يظفر بهم قبل التوبة ورد الأموال إلى أربابها. (من المحل المزبور).^(١)

يحملون السلاح مع أنفسهم فثبت مع ذلك تمكن دفع القاصد من قطع الطريق وأخذ المال والحكم لا يبنى على نادرا، وكذلك فيما بين الحيرة والكوفة كان يندر ذلك؛ لكثرة العمران والتصال عمران أحد الموضعين بالموضع الآخر، فأما اليوم، فقد ترك الناس هذه العادة وهي حمل السلاح في الأمصار فيتحقق قطع الطريق في الأمصار، وفيما بين القرى موجبا للحد وعن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - قال: إن قصده في جوف المصر أو بين القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن قصده بالحجر والخشب فإن كان ذلك بالنهار لا يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن كان بالليل يقام عليه ذلك؛ لأن السلاح لا يلبث والظاهر أنه يأتي عليه قبل أن يلحقه الفوثن، فأما الخشب والحجر لا يكون مثل السلاح في ذلك والظاهر أن الفوثن يلحق بالنهار في المصر قبل أن يأتي عليه ذلك، فأما في الليل الفوثن يبطئ فإلى أن ينتبه الناس ويخرجوا قد أتى عليه، فلهذا ثبت في حقه حكم قطع الطريق، انتهى.

^(١) فلأن قطاع الطريق إذا تابوا قبل أن يولخدوا سقط عنهم الحد وبقي حق العباد في المال والقصاص؛ لقوله تعالى: {إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم} [المائدة: ٣٤] فيقتضي خروجه عن الجملة؛ عملا بالاستثناء، وفي السرقة إذا تاب ولم يرد المال يقطع؛ لأن قوله تعالى: {فمن تاب من بعد ظلمه} [المائدة: ٣٩] ليس استثناء، فلا يقتضي خروج التائب من الجملة السابقة، وهو كلام مبتدأ يستغني عن غيره فيحمل على الابتداء؛ لأنه أولى، أما الاستثناء بفقر في صحته إلى ما قبله فافتراقا، كذا في الاختيار ج ٤ ص ١١٦. =

٥٨٦- المادة: إذا قطع بعض القافلة على بعض أو في القطاع صبي أو مجنون أو أخرس أو امرأة يسقط الحد، من الهداية. (١)

٥٨٧- المادة: القطاع إن أخذوا بعد إخافتهم الطريق وقبل أن يأخذوا المال أو يقتلوا نفساً فجزاءهم التعزير والحبس حتى يظهر عليهم أخلاق الصالحين أو يتركوا في سجونهم حتى يموتوا، كذا في السعديات.

٥٨٨- المادة: وإن أخذوا بعد أخذهم مالا معصوماً لمسلم أو ذمي بحيث لو قسم المال عليهم أصاب كل واحد نصاب السرقة أو قدر ذلك فجزاءهم أن تقطع أيديهم اليمنى وأرجلهم اليسرى. (من المحل المزبور).

٥٨٩- المادة: وإن أخذوا بعد قتلهم مسلماً أو ذمياً مع كونهم لم يأخذوا مالا فجزاءهم القتل حداً لا قصاصاً حتى لو عفا أو ليأ المقتول لا يقبل. (من المحل المزبور).

٥٩٠- المادة: وإن أخذوا بعد أخذهم مالا لمسلم أو ذمي وقتلهم المعصوم فجزاءهم موكول إلى الحاكم إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وقتلهم، وصلبهم، وإن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم. (من السعديات في أحكام المعاملات ج ١ ص ٢٣٤).

وفي الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٦٤ - وإذا تابوا ولم يردوا الأموال فقبل: لا يسقط كما لا يسقط الحدود بالنوبة، وقيل: يسقط. وإليه أشار في الأصل لأن الله تعالى استثنى التائب في السرقة الكبرى ولم يستثن في سائر الحدود كذا في المحيط، آه.

(١) أما قطع بعض القافلة على بعض فلأن القافلة كالحرز، فقد حصل الخلل في الحرز في حقهم فيسقط الحد، ولو كان في المقطوع عليهم مستأمن قطعوا لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة وذلك ينخصه، وخلل الحرز بعم الكل، وأما إذا كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم فلأن الجنابة واحدة قامت بالكل، فإذا لم يكن فعل بعضهم موجبا صار فعل الباقيين بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم، كذا في الاختيار.

٥٩١- المادة: وإذا أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا وأخذوا المال إذا قسم لا يصيب لكل منهم نصيب فالأمر بالقصاص إلى الأولياء، وفي الفوائد الظهيرية هذه مسألة عجيبة من حيث أنهم إذا صدر القتل منهم فقط لم يلتفت إلى عفو الأولياء، بل يقتلهم الإمام حداً، وإذا وجد معه أخذ المال القليل اعتبر فيه عفو الولي. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٦٤).

٥٩٢- المادة: فإن قطع الطريق في مصر أو مدينة أو قطع خارجاً من المصر من حيث يمكنهم الاستغاثة فإنهم لا يقطعون في قول أبي حنيفة وأصحابه -رحمهم الله تعالى- ولا يقام عليهم الحد ولكن يدفعون إلى أو لياء الدم فيكون الأمر إليهم فيما قتلوا وفيما جرحوا وفيما أخذوا الأموال. ^(١) (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٦٣).

^(١) تبيّه: اعلم أنه إذا كان حكمهم الحد عند كمال الشروط فالمباشر وغيره سواء في الحكم فلأن الحكم متعلق بالمحاربة فيستوي فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة، ووجهه أنهم جميعاً مباشرون السبب، وهو المحاربة وقطع الطريق، وأما إذا سقط الحد بالتوبة وكان حكمهم أن يدفعوا إلى أولياء الدم فالقصاص يجري على المباشر دون الردء فلأن القود إنما يجب على من باشر القتل دون الردء، كذا في المبسوط ج ٩ ص ١٩٩).

المقالة الرابعة في المالية

الباب الأول في الشركة^(١)

٥٩٣- المادة: الشركة قسمان: شركة عقد وشركة ملك، ثم شركة العقد عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل لكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة بأن يكون الغنم والغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع. (كتاب المعاملات الشرعية لأبي الفتح ص ٤٦٦).

٥٩٤- المادة: الشركة بالأموال عبارة عن تراضي الاثنين فأكثر على أن يدفع مبلغاً معلوماً بالمجموع معاً أو يتجر كل واحد على حدة في بعض الأصناف أو يسكتا عن ذلك وأن يكون لهما الربح وعليهما الخسارة بنسبة كذا، كذا في الكتاب المذكور ص ٤٦٩).

٥٩٥- المادة: الشركة بالأعمال وتسمى شركة التقبل وشركة الصنائع وهي عبارة عن تعاقد اثنين فأكثر على أن يتقبلا الأعمال من الغير، وما يحصلان عليه من الأجرة يكون بينهما بنسبة كذا، ولا يشترط أن يتحد شركاء الأعمال في الحرفة بل تصح مع اختلافهم فيها كنجار وحداد كما لا يشترط تساويهم في الربح ورأس المال في هذه الشركة هي مهارة الصنائع وإخلاصهم وصدقهم في مواعيد إنجازهم.

(١) خلاصة تقسيم الشركة: أن الشركة على قسمين: شركة عقد، وشركة ملك، وشركة العقد على ثلاثة أقسام: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجاهة، وكل من هذه الثلاثة إما عنان وإما مفاوضة، فصارت لشركة العقد ستة أقسام، وأما شركة الملك على قسمين: شركة اختيارية وهي أن يشترك الشريكان باختيارهما وفعلهما كما إذا اشترى شيئاً واحداً بالشركة، وشركة غير اختيارية وهي أن يملك الشريكان بغير اختيارهما وفعلهما كشركاء الإرث مثلاً، وكل منهما ينقسم إلى قسمين: شركة عين وشركة دين فصارت لشركة الملك أربعة أقسام، تفصيل هذه الأقسام مع بيان أحكامها في مجلة الأحكام من كتاب الشركات.

٥٩٦-المادة: الشركة بالوجوه عبارة عن تعاقد النين فأكثر لا مال لهما ولا صناعة على أن يشترها نسبة بوجهاتهما وبيعا نقداً ويكون الربح والخسارة بنسبة ما يملكه كل واحد منهما فيما يشترها فلو اشترطا أن يكون بينهما أنصافاً كان الربح بينهما كذلك وإن اشترطا أن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان كان الربح على هذه النسبة فلو اشترطا أن تكون نسبة الربح مخالفة لنسبة الملك بطل الشرط وقسم الربح على حسب الضمان؛ لأن كل واحد يضمن من مال الشركة بقدر ما يملكه فيها. (من المحل المزبور).

٥٩٧-المادة: كل من هذه الأقسام شركة عنان إن كانت الشركة حسب ما يعنى أي يظهر للشريكين من الاتجار في كل الأشياء أو بعضها ومع التساوي في رأس المال أو الربح أو التفاضل فيهما إذا كانت الشركة بالأموال، ومع التساوي في الأجرة أو التفاضل في شركة الأعمال، وكذلك الربح في شركة الوجوه، وحكم هذه الشركة إنها تتضمن وكالة فقط بخلاف شركة المفوضة؛ فإنها تتضمن وكالة وكفالة. (من المحل المزبور).

٥٩٨-المادة: شركة المفوضة في الأموال أن تساوي في رأس المال وحصته من الربح، ورأس المال عبارة عن النقود وما في حكمها فلو كان لأحدهما فضلة مال من جنس العروض أو العقار أو دين في ذمة الآخر فلا تضر المفوضة، كذا في المجلة المادة - (١٣٣١).

٥٩٩-المادة: المفوضة في شركة الأعمال يشترط فيها التساوي بين الشريكين في الفالدة والضرر، والمفوضة في شركة الوجوه يشترط فيها المناصفة بينهما في المال المشتري وثمنه والربح، كذا في المجلة.

٦٠٠- العادة، ما يشتري كل من المتفاوضين إلا طعام أهله وكسوتهم ^(١) فهو مشترك بينهما وما لزم أحدهما بتجارة أو غصب أو كفالة وكذا الإقرار يلزم الآخر، كذا في البحر ج ٥ ص ١٨٣. ^(٢)

٦٠١- العادة، شركة الملك أن يملك الثان عيناً إرثاً أو شراءً أو هبةً أو صدقةً أو استيلاءً على مال الحربي أو اختلاطاً كما إذا اختلط مالهما من غير صنع أو بصنع خلطاً يمنع التميز أو يتعسر فالأول كخلط الحنطة بالحنطة، والثاني كخلط الحنطة بالشعير وكل واحد من هذين الشريكين أجني في قسط صاحبه. ^(٣) (من البحر ج ٥ ص ١٨٠).

^(١) لأن طعام أهله وكسوتهم وكذا كل ما كان من حوائجه مستثناة من مقتضى العقد استحساناً، لكن لبائع الطعام والكسوة له ولعياله أن يطالب عنه بالإصالة وعن الآخر بالوكالة ويرجع الآخر بما أدى على المشتري، كذا في البحر.

^(٢) أما في الغصب لأنه يشبه ضمان التجارة لأن تقرر الضمان يفيد له تملك الأصل فيصير في معنى التجارة، وأما الكفالة بالمال فلأنه وإن كان تبرعاً، ابتداء لكنها معاوضة انتهاءً لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كان الكفالة بأمره، وأما لو كانت بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح؛ لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وهو الكفالة بأمر المكفول عنه، وأما الإقرار فإنه يكون عليهما لأنه أخبر عن أمر يملك استئنافه، كذا في البحر.

^(٣) هذا حكم هذه الشركة، وكذا من أحكامه الاشتراك في المال، فإذا ضاع بعض من المال المشترك ضاع من مالهما على نسبة المال فإذا اختلط دينار أحد بدینارين لآخر من جنسه بصورة لا قبل التميز فيكون هذا المختلط مشتركاً بينهما بشركة الملك، ويكون ثلث كل جزء من المختلط لصاحب الدينار وللشاه لصاحب الدينارين فلو ضاع ديناران منهما فيكون الدينار الباقي مشتركاً بينهما ألالا لثلاثين لصاحب الدينارين والثلث لصاحب الدينار.

(لطيفة): في "الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء" عن علي بن عاصم يقول: سألت أبا حنيفة عن درهم لرجل ودرهمين لآخر اختلطت لم ضاع درهمان من الثلاثة لا يعلم أيها هي؟ فقال: الدرهم الباقي بينهما ألالا. قال علي: فلقيت ابن شبرمة فسأله عنها فقال: سألت عنها أحداً غيري؟ قلت: نعم سألت =

٦٠٢- المادة: إذا فقد شرط من شروط المفاوضة تنقلب المفاوضة عناناً. (المجلة

المادة - ١٣٦٣).

أحكام شركة العنان^(١)

٦٠٣- المادة: لا يشترط التساوي في رأس المال في شركة العنان، وكيفما شرط الربح

يراعى على كل حال إذا كانت الشركة صحيحة، وإن كانت الشركة فاسدة يقسم الربح على

=أبا حنيفة عن ذلك، فقال: يقسم الدرهم الباقي بينهما أثلاثاً. قال: أخطأ أبو حنيفة ولكن درهم من الدرهمين الضائعين يحيط العلم أنه من الدرهمين والدرهم الباقي بعض الماضيين يحتمل أن يكون الدرهم الثاني من الدرهمين ويحتمل أن يكون الدرهم المنفرد المختلط بالدرهمين فالدرهم الذي بقي بينهما نصفين. قال علي بن عاصم: فاستحسنت ذلك ثم لقيت أبا حنيفة فو الله لو وزن عقله بعقول أهل المصر يعني الكوفة لرجح بهم، فقلت له: يا أبا حنيفة خولفت في تلك المسئلة، وقلت له: لقيت ابن شبرمة، فقال: كذا وكذا. فقال أبو حنيفة: إن الثلاثة اختلطت ولم تتميز رجعت الشركة في الكل فصار لصاحب الدرهم ثلث كل درهم ولصاحب الدرهمين ثلثا كل درهم فاي درهم ذهب فعلى هذا، انتهى.

(١) اعلم أنه تفرق شركة العنان عن المفاوضة في خمسة أوجه، الأول: أنه لا يشترط في الشريكين شركة عنان أن يكون رأس مالهما متساوياً، وشرط في المفاوضة، والثاني: أنه لا يكون كل واحد منهما مجبوراً على إدخال جميع أمواله الصالحة لاتخاذها رأس المال في الشركة بل لهما أن يعقدا الشركة على مقدار منه، بخلاف المفاوضة، والثالث: أنه يجوز أن يكون رأس مال الشريكين في شركة عنان متفاوتاً في القيمة ومختلف الجنس، مثلاً: كان يكون رأس مال أحد الشريكين مائة دينار ويكون رأس مال الآخر خمسين ريالاً بخلاف المفاوضة فإنه إذا كان رأس المال فيها مختلف الجنس فيشترط التساوي في قيمته، والرابع: أنه لا يشترط في شركة العنان تقسيم الربح بالتساوي ويصح الاتفاق بين الشريكين على تقسيمه بالتفاضل بخلاف المفاوضة فإنه يشترط فيها تقسيم الربح بالتساوي، والخامس: أنه تعقد شركة العنان على عموم التجارة كما أنها تعقد على نوع خاص من أنواع التجارة بخلاف المفاوضة فإنها تعقد على عموم التجارات على قول ولا تعقد على نوع خاص من أنواع التجارة. (درر الحكام)

مقدار رأس المال فإذا شرط لأحد الشريكين زيادة فلا يعتبر. (المجلة المادة - ١٣٦٥ - ١٣٦٧ - ١٣٦٨).

٦٠٤- المادة: الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير ينقسم على مقدار رأس المال وإذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر. (من المحل المزبور المادة - ١٣٦٩).

٦٠٥- المادة: إذا شرط الشريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء كان رأس المال متساوياً أو متفاوتاً يكون صحيحاً سواء شرط عمل الاثنین أو عمل الواحد وحده. (من المحل المزبور المادة - ١٣٧٠).

٦٠٦- المادة: إذا تساوى الشريكان في رأس المال وشرطا من الربح حصة زائدة لأحدهما كنثي الربح، فإن شرطا عمل الاثنین فالشركة صحيحة والشرط معتبر، وإن شرطا عمل أحدهما فإن كان العامل صاحب الحصة الزائدة فالشركة صحيحة والشرط معتبر، وإن كان العامل صاحب الحصة القليلة فهو غير جائز، ويقسم الربح على مقدار رأس المال. (من المحل المزبور المادة - ١٣٧١).^(١)

^(١) يعني: إذا كان رأس مالهما متساوياً وشرطا لأحدهما حصة زائدة عن نسبة رأس مال من الربح، ففي ذلك ثلاث صور:

الأولى: أن يكون عملهما مشروطاً معاً بالتساوى فالشركة صحيحة والشرط معتبر؛ حيث إن الشريك الماهر في العمل لا يقبل المساواة فحصلت الحاجة للتفاضل في الربح، وفي هذه الصورة يستحق صاحب ثلث الربح برأس ماله ويعمله أيضاً كما أن صاحب ثلثي الربح يستحق ثلث الربح الآخر لمهارته في عمله؛ لأن المهارة في العمل أيضاً سبب لاستحقاقه.

والثانية: أن يشترط عمل أحدهما أو يشترط عمل أحدهما كثيراً وعمل الآخر قليلاً فإذا كان العمل أو زيادة العمل مشروطاً على الشريك الذي له حصة زائدة في الربح صحت الشركة والشرط معتبر فما يزيد من الربح مقابل عمله.

٦٠٧- المادة: يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع مال الشركة بالنقد أو النسيئة، وكذا إذا كان مال الشركة بيده أن يشتري بالنقد أو النسيئة، لكن إذا اشترى مالاً بغير فاحش لا يكون المال للشركة بل يكون له، ومن ليس في يده مال الشركة فلا يشتري مالاً لأجل الشركة، وإن اشترى كان ذلك المال له، كذا في المجلة المادة -١٣٧٣- -١٣٧٤- (١٣٧٥).

٦٠٨- المادة: حقوق العقد إنما ترجع إلى العاقد ^(١) وإذا ذهب أحد الشريكين إلى ديار أخرى لأجل أمور الشركة يأخذ مصرفه من مال الشركة. ^(٢)

٦٠٩- المادة: إذا قال أحد الشريكين للآخر لا تذهب بالمال إلى ديار أخرى أو لا تبع نسيئة فبخالف ضمن حصة شريكه من الخسار الواقع (من المحل المزبور المادة -١٣٨٢-).

والثالثة: ما شرط العمل أو زيادة العمل على الشريك الذي حصته قليلة من الربح فهذا الشرط غير جائز ويقسم الربح والخسار بينهما بنسبة مقدار رأس مالهما. (درر الحكام مختصراً).

^(١) المجلة المادة -١٣٧٧- فيطالب بالثمن إن كان مشترياً لا شريكه، وله حق قبض الثمن إن كان بائعاً ولهذا لو أدى المشتري الثمن للآخر يبرأ من حصة الشريك القابض فقط ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد؛ لأن شركة العنان إنما تتضمن الوكالة ولا تتضمن الكفالة، كذا في الدرر الحكام.

^(٢) المجلة المادة -١٣٨١- هذا إذا لم يمكنه العودة في نفس اليوم والبيتوتة مع أهله مساءً، وأما إذا كان في البلدة التي يقيم فيها بأهله وعياله فلا يأخذ مصرفه من مال الشركة. وكذلك لو ذهب إلى موضع يمكنه العودة والبيتوتة مع أهله فلا يأخذ مصرفه منه، كذا في درر الحكام.

الباب الثاني في الوقف

٦١٠- المادة: الوقف حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير بمنزلة العواري، كذا في الكافي، فلا يكون لازماً وله أن يرجع ويبيع، كذا في المصنعات، ولا يلزم إلا بطريقين: أحدهما: قضاء القاضي، والثاني: أن يخرج منخرج الوصية فيقول: أوصيت بغلة داري هذه، فحينئذ يلزم الوقف، كذا في النهاية، هذا عند الإمام -رحمه الله تعالى-، وعندهما حبس العين على ملك الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث^(١) كذا في الهداية، وفي الهندية ج ٢ ص ٣٥٠- نقلاً عن العيون أن الفتوى على قولهما.

٦١١- المادة: الموقوف يخرج من ملك الواقف بمجرد الوقف عند أبي يوسف -رحمه الله تعالى-، وبالوقف والتسليم إلى المتولي عند محمد -رحمه الله تعالى-، وبالقضاء عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى-، وطريقه أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ثم يرجع الواقف فيما وقف محتجاً بعدم اللزوم فيقضي القاضي باللزوم، كذا في وقف الهندية ج ٢ ص ٥٣٩).

لوقف شروط لا يصح بدونها

٦١٢- المادة: الشرط الأول: العقل والبلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون،

كذا في البدائع ج ٦ ص ٢١٩^(١).

^(١) الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في اللزوم لا في نفس الجواز؛ فإن عنده جائز غير لازم إلا بالطريقين المذكورين في المادة، وعندهما يلزم ويخرج من ملك الواقف إلا أن عند أبي يوسف -رحمه الله تعالى- يزول ملكه بمجرد القول. وقال محمد -رحمه الله تعالى-: لا يزول حتى يجعل للوقف ولها ويسلمه إليه كذا في الهندية.

^(٢) لأن الوقف من التصرفات الضارة؛ لكونه إزالة الملك بغير عوض، والنصي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة، ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والإعتاق ونحو ذلك.

٦١٣- المادة: الشرط الثاني: الحرية فلا يصح وقف غير الحر. ^(١)

٦١٤- المادة: الشرط الثالث: أن يكون للواقف ملة فلا يصح وقف المرتد، وصح وقف الذمي بشرط كونه قرية عندنا وعندهم ^(٢) كما لو وقف على أولاده أو على الفقراء أو على فقراء أهل الذمة، فإن عمن جاز الصرف إلى كل فقير مسلم أو كافر، وإن خصص فقراء أهل الذمة اعتبر شرطه كما نص عليه الخصاص، كذا في البحر ج ٥ ص ٢٠٤).

٦١٥- المادة: الشرط الرابع: أن يكون قرية في ذاته فلا يصح وقف المسلم أو الذمي على البيعة والكنيسة أو على فقراء أهل الحرب، كذا في النهر الفائق، وقف المجوسي على بيت النار واليهودي والنصراني على البيعة والكنيسة إذا دخل في عقد الذمة لا يتعرض لها ^(٣) من البحر المرجع السابق.

٦١٦- المادة: الشرط الخامس: الملك فلا يصح وقف الأرض المفصوبة للغاصب، ووقف أرض الحوز للإمام؛ لأنه ليس بمالك لها، وتفسير أرض الحوز أرض عجز صاحبها عن زراعتها وأداء خراجها، فدفعها إلى الإمام؛ لتكون منافعتها جبراً للخراج، وكذا الموهوب له لا

^(١) لأن الوقف إزالة الملك، والعبد ليس من أهل الملك، وسواء كان ماذونا أو محجورا؛ لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة، فلا يملكه الماذون كما لا يملك الصدقة والهبة والإعتاق، كذا في البدائع.

^(٢) في منحة الخالق: الظاهر أن هذا شرط في وقف الذمي فقط؛ ليخرج ما لو كان قرية عندنا فقط كوقفه على الحج والمسجد، وما كان قرية عندهم فقط كالوقف على البيعة بخلاف الوقف على مسجد القدس؛ فإنه قرية عندنا وعندهم فيصح ولو كان ذلك شرطا لكل وقف لزم أن لا يصح وقف المسلم على الحج والمساجد؛ لأنه قرية عندنا فقط، آه.

^(٣) يعني إذا كان وقفهم قبل الدخول في عهد الذمة ثم إذا دخلوا في عهد الذمة الأصح أنه لا يتعرض لوقفهم.

يصح وقفه قبل القبض، وكذا وقف الموصى له قبل موت الموصي، كذا في البحر ج ٥ ص ٢٠٣. ^(١)

٦١٧- المادة: الشرط السادس: عدم الجهالة فلو وقف من أرضه شيئاً ولم يسمه كان باطلاً. ^(٢) (من المحل المزبور).

٦١٨- المادة: الشرط السابع: عدم الحجر لسفه أو دين فلا يصح وقف السفينة أو المديون، كذا في البحر والهندية.

٦١٩- المادة: الشرط الثامن: أن يكون منجزاً غير معلق فلو قال: إن قدم ولدي فداري موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفاً؛ لأنه لا يصح تعليقه بالشرط كالهبة بخلاف النذر، وصح إضافة الوقف فلو قال: إذا جاء غداً فأرضي وقف تعليق ولو قال: وقفناها غداً فهو إضافة يصح الثاني دون الأول. (من البحر ج ٦ ص ٢٠٢).

٦٢٠- المادة: وقف المشاع مسجداً أو مقبرة غير جائز مطلقاً اتفاقاً وفي غيرهما إن كان مما لا يحتمل القسمة جاز اتفاقاً، والخلاف فيما يحتملها فهو صحيح عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - غير صحيح عند محمد - رحمه الله تعالى -، ومشائخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف - رحمه الله تعالى - ومشائخ بخارى أخذوا بقول محمد - رحمه الله تعالى -. (من البحر ج ٥ ص ٢١٢ - والفتاوى الأنقروية).

^(١) يعني الشرط أن يكون ملكاً له وقت الوقف ولا يعتبر تملكه بعد الوقف كما لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها من مالها ودفع الثمن إليه، أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفاً، لأنه إنما ملكها بعد أن وقفها، كذا في البحر.

^(٢) لأن الشيء يتناول القليل والكثير ولو بين بعد ذلك ربما يبين شيئاً قليلاً لا يوقف عادة فلو وقف جميع حصته من هذه الدار والأرض ولم يسم السهام جاز استحساناً كذا في الإيعاف، كذا في البحر.

٦٢١- المادة: يجوز وقف العقار مثل الأرض والدور والحواليت، كذا في الحاوي، وكذا يجوز وقف كل ما كان تبعاً له من المنقول كما لو وقف أرضاً مع العبد والثيران والآلات للحرث، كذا في محيط السرخسي. (من الهندية ج ٢ ص ٣٦٠).

٦٢٢- المادة: وقف المنقول إن كان كراعاً أو سلاحاً يجوز وفيما سوى ذلك إن كان شيئاً لم يجر التعارف بوقفه كالثياب والحيوان لا يجوز عندنا، وإن كان متعارفاً كالقاس والقدوم والجنابة وثيابها والمصاحف للقراءة قال أبو يوسف - رحمه الله تعالى -: لا يجوز، وقال محمد - رحمه الله تعالى -: يجوز، وهو المختار والفتوى على قول محمد - رحمه الله تعالى -، واختلف الناس في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى، كذا في فتاوى قاضيخان. (من المحل المزبور ج ٢ ص ٣٦١).

٦٢٣- المادة: الشرط التاسع: أن لا يذكر معه اشتراط بيعه وصرف الثمن إلى حاجة، فإن قاله لم يصح الوقف في المختار كما في البرازية كذا في النهر الفائق ووقف الهندية ج ٢ ص ٤٠٢).

٦٢٤- المادة: الشرط العاشر: التأييد وهو شرط على قول الكل لكن ذكره ليس بشرط عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى -^(١) فلو أن رجلاً وقف داره يوماً أو شهراً أو وقتاً معلوماً ولم يزد على ذلك جاز الوقف ويكون الوقف مؤبداً، كذا في وقف الهندية ج ٢ ص ٣٥٦ -، وكذا لو قال: أرضي هذه موقوفة تصير وقفاً ذكر الأبد أو لا، كذا في الهندية نقلاً عن محيط السرخسي، ولو قال: أرضي هذه موقوفة على فلان أو على ولدي أو على فقراء قرابتي وهم يحصون أو على البتامي ولم يرد به جنسه لا تصير وقفاً عند محمد - رحمه الله تعالى -؛ لأنه على شيء ينقطع ويتقارض ولا يتأبد، وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - يصح؛ لأن التأيد

(١) لأن لفظة الوقف منبهة عن التأيد فلا حاجة إلى ذكره، كذا في الفتاوى الأقروية ١/٢٠٣.

عنده ليس بشرط، كذا في الهندية ج ٢ ص ٣٥٨ - نقلاً عن محيط السرخسي، أقول: مراده ذكر التأييد كما مر.

٦٢٥- المادة: إن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه صح وهو المختار للفتوى كما في البحر، وإذا مات صار إلى المساكين، ولا خلاف في اشتراط غلة الوقف لولده فإذا وقف كذلك شمل الذكر والأنثى، وإن قيده بذكر لا تدخل الأنثى، ولو وقف على ولديه ثم على أولادهما، فمات أحدهما كان للآخر النصف، ونصف البيت للفقراء لا لولده، فإذا مات الآخر صرف الكل إلى أولاد الأولاد. (من البحر ج ٥ ص ٢٣٨).

٦٢٦- المادة: أجمعوا أنه إذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف أن الشرط والوقف صحيحان ويملك الاستبدال، أما بدون الشرط أشار في السير إلى أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك، ولو شرط أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضاً أخرى ولم يزد صح استحساناً وصارت الثانية وفقاً بشرائط الأولى ولا يحتاج إلى إيقافها. (من البحر ج ٥ ص ٢٣٩).

٦٢٧- المادة: لو شرط الواقف كون المتولي من أولاده وأولادهم ليس للقاضي أن يولي غيرهم بلا خيانة ولو فعل لا يصير متولياً، كذا في منحة الخالق على هامش البحر نقلاً عن جامع الفصولين، ولا يجعل القاضي المتولي من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك؛ لأنه أشفق، فإن لم يجد فمن يصلح من الأجانب، فإن أقام اجنبياً ثم صار من ولد الواقف من يصلح صرفه إليه، كذا في الإسعاف، من المحل المزبور. (من البحر ج ٥ ص ٢٤٥).

٦٢٨- المادة: أما نصب المؤذن والإمام فقال أبو نصر: لأهل المحلة وليس باني المسجد أحق منهم بذلك، وقال أبو بكر الإسكافي: الباني أحق بتصيبهما من غيره كالعمارة،

قال أبو الليث: وبه نأخذ إلا أن يريد إماماً ومؤذناً والقوم يريدون الأصلح فليهم أن يفعلوا ذلك. (من البحر ج ١ ص ٥٢٥).

٦٢٩- المادة: يعزل الحاكم المتولي للواقف إذا كان خائناً وإن شرط الواقف أن لا يعزل كالوصي؛ لأنه شرط مخالف لحكم الشرع، وبهذا علم أن قولهم: شرط الواقف كنص الشارع ليس على عمومه. (من البحر ج ٥ ص ٢٦٥).

الباب الثالث في البيع

٦٢٠- المادة: البيع ينعقد بإيجاب وقبول، وهما عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة سواء كانا بصيغة الماضي كبتت واشترت أو بصيغة المضارع إذا أريد بها الحال ^(١) كأبيع وأشتري، وبصيغة الاستقبال مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد البيع، لأنها بمعنى الوعد المجرد. (من المجلة من المادة - ١٦٧ - إلى - ١٧١).

٦٣١- المادة: كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً ^(٢) ويكون بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أيضاً مثل أن يعطي المشتري للخباز درهماً فيعطيه الخباز مقداراً من الخبز بدون تلفظ بالإيجاب والقبول، وينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس. (من المجلة من المادة - ١٧٣ - إلى - ١٧٥).

^(١) أي نوى بها الحال وإما إذا نوى بها الاستقبال لا ينعقد، وكذا الحكم إذا لم ينو شيئاً، كما في الطحطاوي، وإنما يحتاج المضارع إلى نية الحال مع أنه حقيقة للحال عندنا؛ لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازاً، وهذا فيما يحتمل الحال والاستقبال، أما ما تمحضر للحال كأبيعك الآن فلا يحتاج إلى النية. (شرح المجلة للأناسي ج ٢ ص ٣٣).

^(٢) سواء كان الكتابة من الجانبين أو من أحدهما، صورة الكتابة منهما: أن يكتب المشتري اشترت عبدك فلانا بكذا، فيكتب إليه البائع قد بعت، وصورة الكتابة من أحدهما: أن يكتب البائع بعت عبدي فلانا منك بكذا، فلما بلغ المشتري الكتاب قال في مجلسه ذلك: اشترت، ثم البيع، وكما يكون البيع بالكتابة يكون بالرسالة أيضاً كما في الهداية، صورتها: أن يقول البائع: بعت هذا من فلان الغائب ألف درهم فاذهب يا فلان فقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قاله، فقبل المشتري في مجلسه ذلك، قال في فتح القدير: فقلو بلفه بغير أمر بأن لم يقل "فاذهب يا فلان فبلغه" لم يجز؛ لأنه ليس رسولا بل فضولياً، ولو كان قال: "بلغه يا فلان" فبلغه غيره فقبل: جاز. (شرح المجلة للأناسي).

تعريفات

- ٦٣٢- المادة: الإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف، و القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين. ^(١)
- ٦٣٣- المادة: البيع: مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد، والبيع المنعقد هو الذي يتعقد على الوجه المذكور، وينقسم إلى صحيح، وفاسد، ونافذ، وموقوف، والبيع الغير المنعقد هو البيع الباطل، وهو ما لا يكون مشروعاً أصلاً، والبيع الفاسد ما يكون مشروعاً ذاتاً لا وصفاً، والموقوف بيع يتعلق به حق الغير كييع الفضولي. ^(٢)
- ٦٣٤- المادة: البيع اللازم هو ما يكون خالياً عن الخيارات، وغير اللازم ما يكون فيه أحد الخيارات. (من المجلة المادة - ١١٤ - ١١٥).
- ٦٣٥- المادة: بيع الوفاء هو البيع بشرط أن المشتري متى أدى الثمن يرد البائع إليه المبيع. ^(٣)

^(١) المجلة المادة - ١٠١ - ١٠٢) الإيجاب: لغة الإلبات الذي هو نقيض السلب ولقد سمي الإيجاب إيجاباً؛ لكون الموجب بإيجابه يثبت للآخر حق القبول، ولا فرق بين أن يقع الكلام أولاً من البائع أو يقع من المشتري فإذا قال البائع: قد بعثك هذا المتاع والمشتري قال: اشتريته، أو قال المشتري: اشتريت منك هذا المتاع بكذا، فقال البائع: وأنا قد بعثك إياه، فكما أن كلام البائع في الصورة الأولى إيجاب وفي الثانية قبول فكلام المشتري في الصورة الثانية إيجاب وفي الأولى قبول أيضاً. (درر الحكام).

^(٢) المجلة من المادة - ١٠٥ - إلى - ١١١) قد اشترط الرضاء في صحة البيع بدليل قوله تعالى: {إلا أن تكون تجارة عن تراض} [النساء: ٢٩] وجاء تعريف البيع في كثير من الكتب الفقهية بأنه (مبادلة المال بالمال بالرضاء) فهذا التعريف غير مانع لأغياره؛ إذ يدخل فيه بيع المكره، والجواب عنه أن بيع المكره من البيع الفاسد فلا يكون من أغياره.

^(٣) المجلة المادة - ١١٨ - وهو يشبه البيع الصحيح من جهة والبيع الفاسد من جهة وعقد الرهن من جهة، ومقابلته بيع بات، سيجي تفصيله في موضعه.

٦٣٦- العادة: بيع الاستغلال هو بيع المال وفاء على أن يستأجر البائع. ^(١) (المجلة

المادة - ١١٩).

٦٣٧- العادة: بيع الصرف بيع النقد بالنقد، وبيع المقايضة بيع العين بالعين، وبيع

السلم بيع مؤجل بمعجل، وبيع الاستصناع عقد مقابلة مع أهل الصناعة على أن يعمل شيئاً

فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع. (من المحل المزبور من المادة ١٢١ إلى

١٢٤).

٦٣٨- العادة: المال ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إيداعه إلى وقت الحاجة،

والملك ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع. (من المحل المزبور المادة ١٢٥ -

١٢٦).

٦٣٩- العادة: المال متقوم وغير متقوم فالمتقوم ما له قيمة في نظر الشريعة الإسلامية

وغير المتقوم ما ليس كذلك كالخمر والخنزير والميتة. ^(٢) (كتاب المعاملات ص ٢٧).

٦٤٠- العادة: المال المتقوم إما غير منقول كالأراضي والدور أو منقول وهو ما يمكن

نقله من مكان إلى آخر، والمنقول إما مثلي أو قيمي، فالمثلي ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد

به وله نظير في المحال التجارية، وهو يشمل الأنواع الأربعة وهي المكيلات كالبر،

^(١) مثاله: باع شخص داره المملوكة له لآخر بعشرة آلاف قرش على أن يردّها له عند إعادة الثمن وعلى

أن يوجرها له، وبعد إخلاء الدار وتسليمها للمشتري استأجرها البائع من المشتري بألف قرش لمدة سنة

فهذا البيع هو بيع استغلال يعمل شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع، من المحل

المزبور من المادة - ١٢١ - إلى - ١٢٤) والالف قرش غلة البيع هي الفائدة التي تعود على المشتري من

البيع. (درر الحكام).

^(٢) في المجلة المادة - ١٢٧ - وشرحه علي حيدر: المال المتقوم يستعمل في معنيين: الأول: ما يباح

الانففاع به. والثاني: بمعنى المال المحرز فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز،

فالمعنى الأول هو معنى المال الشرعي والثاني معناه العرفي.

والموزونات، ويدخل فيها الذهب والفضة، والمعدودات المتقاربة كالبیض والليمون، وعروض التجارة المتحدة الجنس كالشوك والسكاكين، وأواني الأكل والشرب، والعروض ما ليس مكبلاً ولا موزوناً ولا حيواناً ولا عقاراً. (كتاب المعاملات ص ٢٩).

٦٤١- العادة: القيمي ما تفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به أو لا تفاوت ولكن لا نظير له في المحال التجارية كالحيوانات ولو كانت متحدة الجنس، وعروض التجارة المختلف الجنس، والعدديات المتفاوتة، والمثليات التي لا نظير لها في المحال التجارية بأن انقطعت من الأسواق، وفائدة هذا التقسيم تظهر في التضمنات لما كان مثلياً بضمن بمثله وما كان قيمياً بضمن بقيمته نقداً. (من المحل المزبور).

٦٤٢- المادة: الثمن هو الذي يعينه العاقدان وقت البيع بالتراضي، والقيمة هو الثمن الحقيقي، والتأجيل تأخير الدين إلى وقت معين، والتقسيط أداء الدين مفرقاً إلى أوقات متعددة معينة. (المجلة المادة - ١٥٣ - ١٥٤ - ١٥٦ - ١٥٧).^(١)

٦٤٣- المادة: التغيرير توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية، والغبن الفاحش غبن على قدر العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة، والقديم هو الذي لا يوجد من يعرف أوله. (المحل المزبور من المادة - ١٦٤ - إلى ١٦٦).

^(١) الفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضي عليه المتعاقدان سواء زاد عن القيمة أو نقص، والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان. (شرح المجلة للأستاذ)

شروط المبيع

- ٦٤٤- المادة: يلزم أن يكون المبيع موجوداً فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلاً. (المجلة المادة - ١٩٧ - ٢٠٥).
- ٦٤٥- المادة: الثمرة التي برزت جميعها يصح بيعها وهي على شجرها سواء كانت صالحة للأكل أم لا. ^(١) (من المحل المزبور المادة - ٢٠٦ - والسعديات).
- ٦٤٦- المادة: ما تلاحق أفراده كالفواكه والأزهار والورق والخضراوات إذا كان برز بعضها يصح بيع ما سيزر مع ما برز تبعاً له بصفقة واحدة هو قول محمد - رحمه الله تعالى - وبه أفنى الإمام الفضلي وشمس الأئمة الحلواني وأبو بكر بن فضل، قال محمد: اجعل الموجود أصلاً والمعدوم تبعاً له. (المجلة المادة - ٢٠٧). ^(٢)
- ٦٤٧- المادة: إذا باع شيئاً وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع فلو باع زجاجاً على أنه الماس بطل البيع. (من المجلة المادة - ٢٠٨).
- ٦٤٨- المادة: بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت أو حيوان ناد لا يمكن تسليمه. (من المحل المزبور المادة - ٢٠٩).
- ٦٤٩- المادة: بيع ما لا يعد مالاً بين الناس والشراء به باطل مثلاً لو باع جيفة أو آدمياً حراً أو اشترى بهما فالبيع والشراء باطلان. (المجلة المادة - ٢١٠).
- ٦٥٠- المادة: بيع غير المتقوم من المال كالخمر والخنزير باطل، والشراء بغير المتقوم من المال فاسد. (من المحل المزبور المادة ٢١١ - ٢١٢).

^(١) البروز الظهور، والمراد به الفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وإن صغرت، أشار بقوله "جميعها" إلى أن هذه المادة لبيان حكم ما يبرز دفعة واحدة لا ما تلاحق أفراده.

^(٢) في شرح المجلة للأمامي: ثم إن الذي يظهر أنه لا فرق في المبيع الذي تلاحق أفراده بين أن يكون نوعاً واحداً كبيع ثمار أشجار تفاح مثلاً وقد برز بعضها دون بعض، أو أنواعاً مختلفة كبيع ثمار بستان مشتمل على أنواع مختلفة من التفاح والتين والرمان وغيرها وقد برز بعض تلك الأنواع دون بعض، انتهى.

- ٦٥١- المادة: بيع المجهول فاسد، وبيع حصة شائعة معلومة كالثالث والنصف والعشر من عقار مملوك قبل الإبراز صحيح. (من المحل المزبور المادة ٢١٣-٢١٤).
 ٦٥٢- المادة: يصح بيع حق المرور وحق الشرب والمسيل تبعاً للأرض. ^(١) (من المحل المزبور المادة - ٢١٦).

كيفية بيع المبيع

- ٦٥٣- المادة: كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعديديات والمذروعات كلاً ووزناً وعدداً وذرعاً يصح جزافاً أيضاً. (من المحل المزبور المادة - ٢١٧). ^(٢)
 ٦٥٤- المادة: كما يصح بيع العقار المحدود بالذراع والجريب يصح بيعه بتعين حدوده أيضاً. (المجلة المادة - ٢٢١).
 ٦٥٥- المادة: في بيع الصبرة كل مد بكذا عند الإمام يصح البيع في مد واحد فقط، وعند الصاحبين في جميع الصبرة، واختار كثير من الفقهاء قول الصاحبين مثل صاحب الهداية تيسيراً لمعاملات الناس. ^(٣)

^(١) في شرح المجلة للأناسي: وكذا يجوز بيع حق المرور مقصوداً وحده في رواية وبه أخذ عامة المشايخ وهو الصحيح وعليه الفتوى، وبيع حق الشرب وحده جائز في رواية وهو مختار مشايخ بلخ، لكن في التوبر وشرحه الدر المختار من الشرب: ولا يباع ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به؛ لأنه ليس بمال مقوم في ظاهر الرواية وعليه الفتوى، آه.

^(٢) يشترط لصحة بيع الربوي من هذه الأشياء مجازفة شرطان:

الأول: أن تباع بخلاف الجنس وإلا فلا يجوز البيع؛ لإحتمال التفاضل إلا إذا ظهر تساويهما في المجلس، ولا يشترط في غير الربوي؛ لأن التفاضل فيه لا يحرم.

والشرط الثاني: أن لا يكون رأس مال سلم وإلا فلا يجوز بيعه مجازفة؛ لإحتمال أن يتفاسخا السلم فيريد المسلم إليه دفع ما أخذه، ولا يعرف إلا بمعرفة القدر. (شرح المجلة للأناسي).

^(٣) في البحر: لأبي حنيفة أنه تعدل الصرف إلى الكل؛ لجهالة المبيع والتمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع الفئزان أو بالكيل في المجلس. ولهما أن الجهالة بيدهما =

التصرف قبل القبض في المبيع أو الثمن

- ٦٨٦- المادة: البائع له أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض مثلاً لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه. (المجلة المادة - ٢٥٢).^(١)
- ٦٨٧- المادة: للمشتري أن يبيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان عقاراً وإلا فلا. (من المحل المزبور المادة - ٢٥٣).^(٢)

-إزالتها ومثلها غير مانع، وظاهر ما في الهداية ترجيح قولهما؛ لتأخير دليهما كما هو عادته، وقد صرح في الخلاصة في نظيره بأن الفتوى على قولهما، آه وفي منحة الخالق: قال في النهر: وفي عيون المذاهب به يفتى لا لضعف دليل الإمام بل تسيراً على الناس، وفي تصحيح الشيخ قاسم قال في شرح الهداية: يرجح قول أبي حنيفة، وكذا رجحه في الكافي واعتمده المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة، وكذا في بيع القطيع والزرع، والله تعالى أعلم اهـ، وقد يقال: إن هذا ترجيح له من حيث قوة الدليل والأول ترجيح له من حيث كونه أيسر على الناس كما يشير إليه كلام عيون المذاهب. (ج ٥ ص ٣٠٧).

^(١) في شرح المجلة لسليم باز نقلاً عن ردالمحتار: الثمن قسماً؛ لأنه تارة يكون حاضراً، كما لو اشترى عبداً بهذا الكر من البر أو بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف قبل قبضه بهبة وغيرها من المشتري وغيره، وتارة يكون ديناً في اللزمة كما لو اشترى العبد بكر بر أو عشرة دراهم في اللزمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتملكه من المشتري فقط؛ لأنه تملك الدين، ولا يصح إلا ممن هو عليه إلا في ثلاث مسائل على ما في الأشباه: الأولى: إذا أحال دائنه بثمن المبيع الثابت بلزمة المشتري كما في المثال الوارد في المادة. والثانية: بأن يوصي به لآخر، والثالثة: إذا وهبه من آخر ووكله بقبضه من المديون؛ لأنه حينئذ يكون وكيله قابضاً للموكل ثم لنفسه، آه.

^(٢) إنما يجوز في العقار دون غيره؛ لأن الهلاك نادر في العقار ولا اعتبار للنادر فليس في بيع العقار قبل القبض غرر الانفساخ بخلاف غيره، وفي البحر: وهو مفيد بما إذا كان لا يخشى إهلاكه أما في موضع لا يلزم عليه ذلك فلا يجوز بيعه كالمنقول ذكره المحبوبي، وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علواً لا يجوز بيعه قبل القبض. اهـ. (ج ٦ ص ١٢٦).

التسليم والتسلم

٦٥٨- المادة: لا بد أن يسلم المشتري الثمن أولاً ثم يسلم البائع المبيع إليه ^(١) تسليم المبيع يحتمل بالتخلية وهو أن يأذن البائع للمشتري مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري إياه. ^(٢) (المجلة المادة - ٢٦٢-٢٦٣).

٦٥٩- المادة: إذا بيعت أرض مشغولة بالزراع أو بيعت الأشجار عليها ثمار يجبر البائع على رفع الزرع وجز الثمار. (المجلة المادة - ٢٦٧-٢٦٨).

مكان التسليم

٦٦٠- المادة: مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي يكون المبيع فيه وإن وقع العقد في غير ذلك المحل أو البلد. (المجلة المادة - ٢٨٥). ^(٣)

٦٦١- المادة: إذا كان المشتري لا يعلم أن المبيع في أي محل وقت العقد وعلم به بعد ذلك كان مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه وقبض المبيع حيث كان موجوداً. (من المحل المزبور المادة - ٢٨٦). ^(٤)

^(١) لأن حق المشتري قد تعين في المبيع فيدفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض؛ تحقيقاً للمساواة.

^(٢) يعتبر في التخلية ثلاثة أمور: أن يأذن له البائع بالقبض، وأن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة ينأى فيه النقل من غير مانع، وأن يكون مغزاً غير مشغول بحق غيره. (شرح المجلة للأناسي).

^(٣) يعني: عقد البيع المطلق الذي لم يبين فيه مكان تسليم المبيع يقتضي تسليم المبيع إلى المشتري في المكان الذي كان فيه المبيع حين العقد لا في مكان عقد البيع حتى إذا نقل البائع المبيع بلا إذن المشتري من المحل الذي كان فيه حين العقد إلى مكان آخر وجب عليه إعادته إلى حيث كان.

^(٤) هذا الخيار هو خيار كشف الحال، في شرح المجلة للأناسي: الظاهر أن ثبوت خيار الفسخ للمشتري إنما هو إذا ظهر المبيع في محل بعيد عن محل المشتري بحيث يحتاج في نقله إلى مشي طويل أو إلى مؤنة حمل ونقل أو غير ذلك؛ فإن هذا يكون غيباً في المبيع، آه.

٦٦٢- العادة: إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور. (من المحل المزبور المادة - ٢٨٧).

مؤنة التسليم

٦٦٣- العادة: المصارف المتعلقة بالثمن من نقده ووزنه وغير ذلك تلزم المشتري وحده. (المجلة المادة - ٢٨٨).^(١)

٦٦٤- العادة: المصارف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده^(٢) والأشياء المباعة جزافاً مصارفها على المشتري مثلاً بيعت ثمرة كرم جزافاً فقطع تلك الثمرة وجزأها على المشتري، وكذا لو بيع أنبار حنطة جزافاً فأجرة إخراج الحنطة على المشتري. (المجلة المادة - ٢٨٩ - ٢٩٠).

٦٦٥- العادة: ما يباع محمولاً على الحيوان كالحطب والقحم فأجرة نقل على المشتري على حسب عرف البلدة. (من المحل المزبور المادة - ٢٩١).

٦٦٦- العادة: أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبيعات تلزم المشتري لكن يلزم على البائع تقرير البيع والإشهاد عليه في المحكمة. (من المحل المزبور المادة - ٢٩٢).^(٣)

^(١) لأن هذه المصارف من متعمات تسليم الثمن، وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه، إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء برده بسبب الزيادة فأجرة النقد عليه إذ لا تثبت زيافته إلا بنقده.

^(٢) في الدر المختار: وأما الدلال فإن باع العين بنفسه بإذن ربها فأجرته على البائع وإن سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف وتماه في شرح الوهبانية آه وفي رد المحتار: قوله: فأجرته على البائع وليس له أخذ شيء من المشتري؛ لأنه هو العاقد حقيقة شرح الوهبانية وظاهره أنه لا يعتبر العرف هنا؛ لأنه لا وجه له. قوله: يعتبر العرف فتجب الدلالة على البائع أو المشتري أو عليهما بحسب العرف جامع الفصولين. (ج ٤ ص ٤٦).

^(٣) في الهندية: رجل اشترى داراً فطلب من البائع أن يكتب صكاً على الشراء فأبى البائع من ذلك لا يجبر على ذلك وإن كتب المشتري من مال نفسه وأمره بالإشهاد وامتنع البائع من ذلك يؤمر بأن يشهد.

هلاك المبيع

- ٦٦٧- المادة: المبيع إذا هلك قبل قبض المشتري يكون من مال البائع، وإن هلك بعد القبض يكون من مال المشتري. (المجلة المادة - ٢٩٣-٢٩٤).
- ٦٦٨- المادة: إذا قبض المشتري المبيع ثم مات مقلماً قبل أداء الثمن ليس للبائع الاسترداد بل يكون مثل الغرماء. (المجلة المادة - ٢٩٥).
- ٦٦٩- المادة: إذا مات المشتري مقلماً قبل قبض المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري، وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيوفي حق البائع بتمامه، وإن باع بأنقص من الثمن الأصلي أخذ البائع الثمن الذي بيع به ويكون في الباقي كالغرماء، وإن باع بأزيد أخذ البائع الثمن الأصلي وما زاد فيعطي للغرماء. (من المحل المزبور المادة - ٢٩٦).
- ٦٧٠- المادة: إذا قبض البائع الثمن ومات مقلماً قبل تسليم المبيع إلى المشتري كان المبيع أمانة في يد البائع وبأخذ المشتري المبيع ولا يزاحم سائر الغرماء (المجلة المادة ٢٩٧).

شاهدين هو المختار؛ لأن المشتري محتاج إلى الإشهاد لكن لما يؤمر إذا أتى المشتري بشاهدين إليه يشهدهما على البيع ولا يكلف بالخروج إلى الشهود كذا في المضمرة فإن أبى البائع يرفع المشتري الأمر إلى القاضي فإن أقر بين يدي القاضي كتب له سجلاً وأشهد عليه كذا في المحيط وكذا لا يجبر على دفع الصك القديم كذا في الوجيز للكردي ولكن يؤمر بإحضار الصك حتى ينسخ من تلك النسخة ليكون حجة في يد المشتري والصك القديم في يد البائع حجة له أيضاً كذا في الفتاوى الصغرى فإن أبى البائع أن يعرض الصك القديم يكتب المشتري من ذلك صكاً هل يجبر البائع على ذلك؟ قال الفقيه أبو جعفر في مثل هذا: أنه يجبر عليه كذا في فتاوى قاضي خان والله تعالى الموفق للصواب. انتهى. (ج ٣ ص ٢٨)

وفي شرح المجلة للأناسي: وفي ردالمحتار: عن جامع الفصولين أن أجره الصكالك على من يأخذ الصك اعتباراً بالعرف، آه.

المقبوض على سوم الشراء وسوم النظر

٦٧١- العادة: المقبوض على سوم الشراء هو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن فهلك أو ضاع في يده فعليه قيمته إن كان قيماً ومثله إن كان مثلياً، وأما إذا لم يبين الثمن فهو أمانة لا يضمن إن هلك بلا تعدد. (من المحل المزبور المادة - ٢٩٨).^(١)

٦٧٢- العادة: المقبوض على سوم النظر هو أن يقبض مالاً لينظر إليه أو يريه لآخر سواء بين ثمنه أو لا فيكون ذلك أمانة لا يضمن إن ضاع أو هلك بلا تعدد. (من المحل المزبور المادة - ٢٩٩).

^(١) مثلاً لو قال البائع للمشتري: ثمن هذه الدابة ألف قرش اذهب بها فإن أعجبتك اشتريها فأخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها فهلكت الدابة في يده لزم عليه أداء قيمتها للبائع، وأما إذا استهلكها فعليه أداء الثمن المسمى؛ لأن استهلاكه لذلك يدل على قبوله البيع، وأما إذا لم يبين الثمن بل قال البائع للمشتري: خذها فإن أعجبتك فاشترها وأخذها المشتري على أنه إذا أعجبه بقاؤه على الثمن وبشرتها فهذه الصورة إذا هلك في يد المشتري بلا تعدد لا يضمن، وأما إذا استهلكها يضمن ضمان الأمانة. (درر الحكام).

خيار الشرط^(١)

٦٧٣- المادة: يجوز أن يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته إلى ثلاثة أيام عند أبي حنيفة، وعلى قدر ما شرط المتعاقدان عند الصاحبين، ولما كان قولهما أوفق للحال والمصلحة وقع عليه اختيار. (المجلة) ^(٢)

٦٧٤- المادة: كل من شرط له الخيار يصير مخيراً بفسخ البيع في مدة الخيار أو إجازة، وفسخ البيع قد يكون بالقول كقوله: فسخت أو تركت ^(٣) وقد يكون بالفعل مثلاً لو كان البائع مخيراً وتصرف بالمبيع تصرف الملك كان يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره كان فسخاً فعلياً للبيع، والإجازة الفعلية كما إذا كان المشتري مخيراً وتصرف بالمبيع تصرف الملك كان يعرض المبيع للبيع أو يؤجره كان إجازة فعلية. (من المجلة المادة - ٣٠١ - ٣٠٢ - ٣٠٤).

^(١) إضافة (خيار) إلى (الشرط) من إضافة المسبب إلى السبب؛ لأن سبب هذا الخيار هو الشرط، وهو باعتبار المشروط له على أربعة أقسام: ١- اشتراط الخيار للبائع وحده. ٢- للمشتري وحده. ٣- للبائع والمشتري معاً. ٤- للأجنبي، وكل ذلك جائز، وهو جائز في البيع الصحيح مطلقاً وفي الفاسد بعد القبض؛ لأن البيع الفاسد لا حكم له قبل القبض.

^(٢) اختار المجلة قول الصاحبين حيث أطلقت المدة ولم يقيد بثلاثة أيام، وقالت: في المادة - ٣٠٠ - "يجوز أن يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر" لكن في بيع ما يسرع إليه الفساد إذا شرطت مدة لا يبقى معها المبيع على حاله يؤمر المشتري فإما أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى البائع وإما أن يقبض المبيع حتى لا يتلف، مثال ذلك إذا شرط المشتري الخيار شهراً في اللحم الذي شراه. (درر الحكام).

^(٣) وكذلك تكون الإجازة بالقول وهي بكل لفظ يدل على الرضى كاجزت ورضيت.

٦٧٥- العادة: إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع، وخيار الشرط لا يورث ^(١) فإذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع وإذا كان للمشتري فمات ملكه ورثه بلا خيار. (من المحل المزبور المادة - ٣٠٥-٣٠٦).

٦٧٦- العادة: إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع وأيهما أجاز سقط خيار المجيز فقط وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة. (المجلة المادة - ٣٠٧).

٦٧٧- المادة: إذا شرط الخيار للبائع فلا يخرج المبيع من ملكه فلو هلك في يد المشتري فلا يلزمه أداء الثمن بل أداء قيمته للبائع يوم قبضه ^(٢) وإذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع من ملك البائع فلو هلك المبيع في يد المشتري يلزمه أداء الثمن المسمى للبائع. (من المحل المزبور المادة - ٣٠٨-٣٠٩).

(١) معناه أن العقد لا يفسخ بفسخ الوارث كما كان يفسخ بفسخ المورث حال حياته؛ لأن الوارث لا يخلف المورث فيه كما يخلفه في خيار العيب والتعين والوصف.

(٢) هذا إذا كان قيمياً، وأما إذا كان مثلياً يلزم مثله؛ لأن البيع يفسخ بالهلاك؛ لأنه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون بقاء المحل، فيبقى مقبوضاً بيده على سوم الشراء وفيه القيمة، كذا في شرح المجلة للأناسي ج ٢ ص ٢٤٦).

خيار الوصف^(١)

٦٧٨- العادة: إذا باع مالا بوصف مرغوب فظير المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذه بجميع الثمن مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب أو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظير أصغر بخير المشتري. ^(٢) (من المحل المزبور المادة - ٣١٠).

٦٧٩- العادة: خيار الوصف يورث مثلاً لو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظير المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان للوارث حق الفسخ. ^(٣)

٦٨٠- العادة: المشتري الذي له خيار الوصف إذا تصرف بالمبيع تصرف الملك بطل خياره.

^(١) يجوز اشتراط الوصف الذي لا غرر فيه، وأما ما فيه غرر فلا بل فسد البيع، والمراد بالوصف الذي لا غرر فيه أن يكون بحيث يمكن معرفته والوقوف على وجوده ككون المبيع كاتباً أو خبازاً أو حلوباً؛ فإنه يمكن أن يأمره بالكتابة أو الخبز أو يحلب البقرة بيده فتظهر الصفة، وبعبارة الوصف الذي فيه غرر، وهو ما لا سبيل إلى معرفته كما لو اشترى البقرة على أنها تحلب كذا رطلاً من الحليب، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

^(٢) وإذا امتنع الرد بسبب من الأسباب كما تعيب المبيع في يد المشتري رجع على البائع بحصته من الثمن مثلاً يقوم البقرة الحلوب وغير الحلوب وينظر إلى تفاوت ما بين ذلك فإن كان بمقدار العشر مثلاً رجع بعشر الثمن، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

^(٣) لأن الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابل له جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطاً، ولهذا إذا امتنع الرد بسبب ما يسقط ما يقابله فكان كخيار العيب، وحيث استحق المورث المبيع موصوفاً بذلك الوصف فالوارث يخلفه كذلك، كذا في شرح المجلة للأتاسي نقلاً عن ردالمحتار ج ٢ ص ٢٥٦).

خيار النقد

- ٦٨١- المادة: إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وإن لم يؤدي فلا بيع بينهما صح البيع وهذا يقال له: خيار النقد. (من المجلة المادة - ٣١٣). (١)
- ٦٨٢- المادة: إذا لم يؤدي المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسداً. (من المحل المزبور المادة - ٣١٤).
- ٦٨٣- المادة: إذا مات المشتري المخير بخيار النقد في أثناء مدة الخيار بطل البيع. (من المحل المزبور المادة - ٣١٥).

(١) كما يجوز هذا الشرط للمشتري كما هو منطوق هذه المادة يجوز أيضاً للبائع كما لو نقد المشتري الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة أيام مثلاً فلا بيع بينهما صح البيع والشرط، كذا في الاتاسي.

خيار التعيين^(١)

٦٨٤-المادة: لو بين البائع ائتمان شئيين أو أشياء من القيميات كلاً علىحدة على ان المشتري يأخذ اياً شاء بالثمن الذي بينه له، أو البائع يعطي اياً اراد كذلك صح البيع، ويقال له: خيار التعيين^(٢) ويلزم في خيار التعيين تعيين المدة ايضاً^(٣) ومن له خيار التعيين يلزم عليه أن يعين الشيء الذي يأخذه في المدة التي عينت.^(٤)

^(١) يلزم ذكر خيار التعيين في صلب العقد، ويجوز جمعه مع خيار الشرط، ويجوز في البيع الصحيح والفاسد، يجب فيه تعيين ثمن كل مبيع، كذا في درر الحكام.

^(٢) المجلة المادة -٣١٦- قد جوز هذا الخيار استحساناً، والقياس أنه لا يجوز؛ لأن المبيع بخيار التعيين غير معين؛ لأنه أحد اثنين أو ثلاثة والباقي أمانة فيكون المبيع مجهولاً لمقتضى القياس فساداً إلا أنه جوز استحساناً، ووجه الاستحسان أن الخيار قد شرع للاحتياج لدفع الثمن والاحتياج إلى ذلك متحقق في هذا النوع من البيع؛ لأن الإنسان يضطر أحياناً لأخذ رأي من يعتمد عليه فيما يشتريه أو رأي أهله وهذا دليل جواز هذا الخيار للمشتري أما للبائع فهو أن الإنسان قد يرث مالا قيمياً ويتسلمه وكيله ولا يعرفه فتمس الحاجة إلى البيع بهذا الشرط. (درر الحكام).

^(٣) المجلة المادة -٣١٧- أي يلزم في خيار التعيين تعيين المدة سواء أكان معه خيار شرط أم لا؛ لأنه إذا لم تعين مدة فالطرف المعين يماطل في تعيين المبيع ويلحق بذلك ضرر للطرف الآخر فمن الواجب تعيين المدة لدفع هذا الضرر حتى ينأى إجبار الطرف المخير على تعيين المبيع بعد مرور المدة ولا يجبر من له الخيار على تعيين المبيع قبل مرور المدة سواء أكانت المدة يومين أم ثلاثة أم أكثر.

^(٤) وليس له فسخ البيع في الجميع إلا في صورتين: الأولى: أن يكون له خيار التعيين مع خيار الشرط فله فسخ البيع في الجميع؛ لأن واحداً منها أو اثنين أمانة فيرد أو يردان كالأمانة والآخر مخير فيه بخيار الشرط فيرده بهذا الخيار، لكن إذا سقط خيار الشرط بمرور المدة أو موت المشتري فالبيع يكون لازماً في أحد الميعات ويجبر المشتري على التعيين.=

٦٨٥- المادة: خيار التعين ينتقل إلى الوارث مثلاً لو حضر البائع ثلاثة أنواب: أعلى وأوسط وأدنى من جنس وبين لكل واحد ثمناً علحدة وباع أحدها لا على التعين على أن المشتري في مدة ثلاثة أيام أيها شاء بالثمن الذي تعين وقيل المشتري انعقد البيع، وبعد المدة يجبر المشتري على تعين أحدها ودفع ثمنه فلو مات قبل التعين يكون الوارث أيضاً مجبوراً على تعين أحدها ودفع ثمنه. (من المحل المزبور المادة - ٣٩٩).

والثالثة: إذا تعيب أحد المبيعين قبل القبض فالمشتري مخير فله تركها جميعاً وله أن يأخذ السليم أو المعيب بثمنه المسمى وكذلك إذا تعيب جميع المبيعات قبل القبض فالحكم في ذلك على ما تبين، كذا في درر المحكام.

خيار الرؤية^(١)

- ٦٨٦- المادة: من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا: خيار الرؤية. (من المحل المزبور المادة - ٣٢٠).^(٢)
- ٦٨٧- المادة: خيار الرؤية لا ينتقل إلى الوارث فإذا مات المشتري قبل أن يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه. (من المحل المزبور المادة - ٣٢١).
- ٦٨٨- المادة: الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج فقط لكن إذا ظهر دون الأنموذج يكون للمشتري الخيار. (من المزبور المادة ٣٢٤-٣٢٥).
- ٦٨٩- المادة: في شراء الدار تلزم رؤية كل بيت منها إلا ما كانت بيوتها مصنوعة على نسق واحد تكفي رؤية بيت واحد منها. (من المجلة المادة - ٣٢٦).
- ٦٩٠- المادة: إذا اشترت أشياء متفاوتة بصفقة واحدة تلزم رؤية كل واحد منها علىحدة. (من المحل المزبور المادة - ٣٢٧).
- ٦٩١- المادة: إذا اشترت أشياء متفاوتة صفقة واحدة وكان المشتري يرى بعضها دون الباقي فمتى رأى ذلك إن شاء أخذ جميع الأشياء المبعة وإن شاء رد جميعها، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي. (المحل المزبور المادة - ٣٢٨).

(١) إضافة الخيار إلى الرؤية قيل: من إضافة المسبب إلى سببه، وفيه أن سببه عدم الرؤية لا هي فلا بد من تقدير المضاف وهو "عدم" وفي فتح القدير: أنه من إضافة الشيء إلى شرطه؛ فإن هذا الخيار يشترط الرؤية، واعترض عليه أنه ليس بظاهراً لما أن له الرد قبل الرؤية، وأجاب عنه الزيلعي: بأنه إنما فسخه قبل الرؤية؛ لكونه عقداً غير لازم فيفسخ لذلك لا بموجب الخيار. (الأناسي ج ٢ ص ٢٦٧).

(٢) يشترط للفسخ علم البائع بالفسخ خوف غرر البائع بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلعته مشترياً آخر، وكذا رده إلى موضع العقد سواء حمله هو من موضع العقد إلى منزله أو حمله البائع؛ لأن مؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشتري، كذا في الأناسي.

٦٩٢- المادة: الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصل^(١) بخلاف الرسول من جانب المشتري لأخذ المبيع وإرساله فقط؛ فإن رؤيته لا تسقط خيار المشتري. (من المحل المزبور المادة - ٣٣٣ - ٣٣٤).

٦٩٣- المادة: تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك يسقط خيار رؤيته. (المجلة المادة - ٣٣٥).

٦٩٤- المادة: صح بيع الأعمى وشراءه لكن لو اشترى داراً لا يعلم وصفها فله الخيار، وإذا وصف له شيء وعلم وصفه ثم اشتراه لا يكون متخيراً.^(٢)

^(١) الوكالة بالشراء كان يقول شخص إلى آخر: وكلتك بأن تشتري لي المال الفلاني، والوكالة بالقبض أن يقول شخص لآخر: وكلتك بقبض المال الذي اشتريته من فلان ولم أراه، فذلك تكون رؤية الوكيل بالقبض كروية الأصل إلا أن قبض الوكيل بالقبض على نوعين: الأول: القبض التام وهو قبض الوكيل للمبيع وهو يراه وهذا القبض يسقط خيار الموكل، الثاني: القبض الناقص وهو قبض الوكيل بالقبض للمبيع من غير أن يراه، وهو لا يسقط خيار الموكل كما أنه لو رآه بعد القبض ورضي به وأسقط خياره فلا يسقط خيار الموكل؛ لأن قبض الوكيل بالقبض للمبيع على هذا الوجه وهو مستور يجعل وكالة الوكيل منتهية بذلك القبض الناقص ويكون منعزلاً وبما أنه أجنبي فليس له إسقاط خيار رؤية الأصل.

وأما الوكيل بالنظر كما إذا وكل المشتري شخصاً لينظر المال الذي اشتراه ولم يره على أن يبرم العقد إذا رضي به أو يفسخه إذا لم يرض به فذلك صحيح ونظر ذلك الوكيل يقوم مقام نظر الموكل؛ لأنه جعل الرأي والنظر إليه فيصح.

وأما الرسول سواء كان رسولا بالقبض أو بالشراء لا يسقط خيار رؤية المشتري، والفرق بين الوكيل بالشراء والرسول بالشراء أنه إذا امتنع البائع من تسليم المبيع فالوكيل بالشراء له أن يخاصم البائع أما الرسول بالشراء فليس له ذلك، من درر الأحكام.

^(٢) المجلة المادة - ٣٢٩ - ٣٣٠ - ينقسم ما يشتريه الأعمى إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما يعلم بالوصف والتعريف فإذا وصف هذا النوع إلى الأعمى وصفا كاملاً بليغا قبل الشراء فاشتراه الأعمى فلا يكون له خيار الرؤية؛ لأن الوصف والتعريف للأعمى بمنزلة الرؤية للبصير.

خيار العيب^(١)

٦٩٥- المادة: البيع المطلق أعني بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي سلامة المبيع من العيوب فلو ظهر به عيب قديم فالمشتري بالخيار إن شاء رده وإن شاء قبله بالثمن المسمى، وليس له أخذ نقصان العيب وإمساك المبيع، وهذا يقال له: خيار العيب. (المجلة المادة - ٣٣٦).

٦٩٦- المادة: العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة. (المجلة المادة - ٣٣٨).

والثاني: ما يعلم باللمس أو الشم أو الذوق فيسقط خياره بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المدقوقات يعني أنه إذا لمس وشم وذاق هذه الأشياء ثم اشتراها كان شراؤه صحيحا لازما.

والثالث: ما يعلم بالوصف والتعريف واللمس معا فلا بد منهما.

(١) إضافة الخيار إلى العيب من إضافة المسبب إلى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب وخيار العيب يثبت للمشتري من غير شرط وبلا مدة أي ليس لخيار العيب أجل معين فلذلك إذا أطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يقع منه ما يبطل خيار العيب أو يدل على الرضا بالمبيع دام له الخيار مدة حياته، ويسقط خيار العيب في ست صور:

الأولى: إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع.

الثانية: إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.

الثالثة: إذا رضي المشتري بالعيب بعد إطلاعه عليه.

الرابعة: إذا اشترى المشتري المبيع بعد أن أخبره شخص آخر بالعيب الذي فيه.

الخامسة: إذا باع البائع المبيع على أن يكون برينا من كل دعوى عيب.

السادسة: إذا تصرف المشتري بالمبيع تصرف المالك بعد إطلاعه على العيب ويسقط خيار المشتري. (درر الحكام).

٦٩٧- المادة: العيب القديم هو ما يكون موجوداً في المبيع وهو عند البائع، والعيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم في إثبات خيار العيب. (من المحل المزبور المادة - ٣٣٩ - ٣٤٠).

٦٩٨- المادة: إذا بين البائع أن في المبيع عيباً كذا وكذا وقبل المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب. (من المحل المزبور المادة - ٣٤١).

٦٩٩- المادة: إذا باع مالا على أنه برى من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار عيب. (من المحل المزبور المادة - ٣٤٢).

٧٠٠- المادة: من اشترى مالا وقبله بجميع العيوب لا تسمع دعوى العيب بعد ذلك. (المجلة المادة ٣٤٣).

٧٠١- المادة: إذا تصرف المشتري بعد إطلاعه على عيب تصرف المالك سقط خياره مثلاً عرض المبيع للبيع فذلك رضى بالعيب. (المجلة المادة - ٣٤٤).^(١)

٧٠٢- المادة: لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري أن يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط. (من المحل المزبور المادة ٣٤٥).

^(١) استثنى الفقهاء منها صور: الأولى: إذا أطلع المشتري على العيب في المبيع وهو في البرية أثناء السفر فحمل عليه ماله خوفاً من ضياعه في البرية فلا يكون ذلك مانعاً من الرد؛ لأنه معذور في هذه الحال.

الثانية: إذا ركب المشتري المبيع بعد أن أطلع على عيبه بقصد رده إلى البائع.
الثالثة: إذا ركب لجلب علف أو لبن أو حشيش له أو بقصد إسقائه الماء ووجدت ضرورة للركوب كان غير قادر على المشي فلا يسقط خياره، أما إذا لم تكن هنالك ضرورة أو ركب المشتري لجلب علف أو لبن أو حشيش له ولحيوان آخر معه فيسقط خياره. (درر الحكام).

٧٠٣- المادة: نقصان الثمن يصير معلوماً بإخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض^(١) وذلك بأن يقوم الثوب المبيع مثلاً سالماً ثم يقوم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينقص من الثمن المسمى، وإذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجباً للرد، وإذا رضي البائع أن يأخذ المبيع مع العيب الحادث فليس للمشتري المنع من رد المبيع وأخذ نقصان الثمن. (من المحل المزبور المادة من ٣٤٦- إلى ٣٤٨).

٧٠٤- المادة: إذا زاد المشتري في المال المبيع كان صبح ثوباً أو خاطه أو غرس أشجاراً في الأرض سقط خياره. (المجلة المادة - ٣٤٩).^(٢)

^(١) في درر الحكام: يجب أن يكون أهل الخبرة عدولاً وأن يلفوا نصاب الشهادة وأن يكون إخبارهم بلفظ الشهادة، آه.

^(٢) المراد بالزيادة الزيادة المتصلة الغير المتولدة، اعلم أن الزيادة على أربعة أنواع:

١- الزيادة المتصلة المتولدة وهي لا تمنع الرد كما إذا كبر الحيوان وسمن فهذا لا يمنع الرد.

٢- الزيادة المتصلة الغير المتولدة وهي تمنع الرد كما ذكر في المادة.

٣- الزيادة المنفصلة المتولدة وهي تمنع الرد إذا كانت بعد القبض وإلا فلا، كالولد الذي يتولد من المبيع إذا حصلت قبل القبض؛ فليست مانعة من الرد وإلا فهي مانعة.

٤- الزيادة المنفصلة غير المتولدة وهي لا تمنع الرد حدثت قبل القبض، أو بعده، مثلاً: إذا كان المبيع حيواناً فأجره المشتري قبل الإطلاع على عيبه من آخر وأخذ منه بدل الإيجار، ثم ظهر فيه عيب قديم فللمشتري رده يعني يفسخ البيع في الأصل ويرد المبيع على بائعه والزيادة للمشتري؛ لأنها متولدة من المنافع وبما أن المنافع لم تكن جزءاً من المبيع فالمشتري لم يملكها بمقابل الثمن وإنما ملكها بمقابل الضمان. (درر الحكام).

(تمة): اعلم أن خيار العيب يثبت في البيع، والمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، وبدل الصلح عن المال، والقسم، والإجارة، لم في الإجارة يثبت سواء كان العيب قديماً أو حدث بعد العقد والقبض بخلاف البقية؛ فإنه لا يرد بعيب حدث بعد القبض، وأيضاً في الإجارة ينفرد المستاجر بالرد.

٧٠٥- المادة: ما بيع صفقة وظهر بعضه معيباً فإن كان قبل القبض خير المشتري إن شاء رد مجموعه وإن شاء قبله بجميع الثمن، وليس له أن يرد المعيب وحده وإن كان بعد القبض فإذا لم يكن في التفريق ضرر له أن يرد المعيب بحصة من الثمن سالماً وليس له أن يرد الجميع حينئذ ما لم يرض البائع، وأما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن. (من المحل المزبور المادة - ٣٥١).

٧٠٦- المادة: إذا وجد المشتري في الحنطة والشعير وأمثالهما من الحبوب المشتراة تراباً فإن كان ذلك التراب بعد قليلاً في العرف صح البيع وإن كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس يكون المشتري مخيراً. (المجلة المادة - ٣٥٣).

٧٠٧- المادة: البيض والجوز وما شاكلهما إذا أظهر بعضها فاسداً فما لا يستكثر في العرف والعادة كالثلاثة في المائة يكون معفواً وإن كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة كان للمشتري أن يرد الثمن كاملاً. (من المحل المزبور المادة ٣٥٤).

«بالمعيب قبل قبضه وبعده بخلافه في البيع فإنه إنما يتفرد بالرد لو قبل القبض وأما بعده فلا بد من أن يكون بالتراضي أو قضاء القاضي». (شرح المجلة للأستاذ ج ٢ ص ٢٨٩).

الغبين والتغريب

٧٠٨- المادة: إذا وجد غبن فاحش ^(١) في البيع ولم يوجد تغريب فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمهما حكم مال اليتيم. ^(٢) (من المحل المزبور المادة - ٣٥٦).

٧٠٩- المادة: إذا أغر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع. ^(٣) (من المحل المزبور المادة - ٣٥٧).

٧١٠- المادة: دعوى التغريب لا ينتقل إلى الوارث إن مات من غر بغبين فاحش. (المجلة المادة - ٣٥٨).

٧١١- المادة: والمغرور لو تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه، وكذا إذا هلك المبيع أو استهلك أو حدث فيه عيب أو بنى مشتري العرصة عليها بناء لا يكون للمغبون حق الفسخ. (المجلة المادة - ٣٥٩ - ٣٦٠).

(١) الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وهو الصحيح، كما في البحر.

(٢) في شرح المجلة للأتاسي: وإنما لا يصح بيع الوصي والمتولي ووكيل بيت المال مع مجرد الغبن الفاحش؛ لأن تصرفات هؤلاء منوطة بالمصلحة فما لا مصلحة فيه من عقودهم يكون غير صحيح، ثم اختلفوا في أنه فاسد أو باطل: قال القاضي علاء الدين المروزي: باطل لا يملك المشتري المبيع بالقبض، وقال نجم الدين الحلبي: إنه فاسد، ورجح صاحب البحر الثاني، وقال: ينبغي ترجيح القول بالفساد؛ لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف، قال في ردالمحتار بعد نقل ما في البحر: قلت وينبغي ترجيح القول بالبطلان حيث لزم الضرر بأن كان المشتري مقلساً أو معاطلاً، آه. (ج ٢ ص ٣٣٦).

(٣) وكذا لو غره الدلال، وأما لو غره رجل اجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد، كما في الاتاسي.

أحكام أنواع البيوع

٧١٢- العادة: أنواع البيع بالنظر إلى مطلق البيع أربعة: نافذ، وموقوف، وفاسد، وباطل، فالنافذ ما أفاد الحكم للحال، والموقوف ما أفاده عند الإجازة، والفاسد ما أفاده عند القبض، والباطل ما لم يفده أصلاً. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٤٠).

٧١٣- المادة: البيع بالنظر إلى المبيع أربعة: مقايضة وهي بيع العين بالعين، وصرف وهو بيع الدين بالدين، وسلم وهو بيع الدين بالعين، وبيع معروف وهو بيع العين بالدين كأكثر البياعات. (البحر الرائق ملخصاً ج ٥ ص ٢٨٢).^(١)

٧١٤- العادة: وصح بيع ثمرة لم يبد صلاحها أي لم يظهر صورتها متغصاً بها بأن يأكلها حيوان، وقيل: لا يصح، والصحيح هو الأول كما في الكافي وغيره، ويفسد إن شرط تركها على الشجر عندهما، ولا يفسد عند محمد إن بدا صلاح بعض وقرب صلاح الباقي، وعليه الفتوى كما في المضمرة. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٤٠).

٧١٥- العادة: إذا اشترى ثمار بستان على ما هو العرف يفتى بجوازه عند شمس الأئمة الحلواني والإمام محمد بن فضل. (الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٤١).

٧١٦- المادة: يجوز بيع الشرب تبعاً للأرض بالإجماع، ومقصوداً في رواية وهو قول مشايخ بلخ، وإذا أتلغه متلف يجب الضمان، في نوادر ابن هشام: أن بيع الماء جائز عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - والمحققين من أصحابنا، وأما ما ذكر محمد - رحمه الله تعالى - في الأصل أنه لا يجوز فهو إنما ذكر في شرب العراق، وأما في بلادنا فبخلافه، ونفاذ الحكم بصحة بيع الشرب منصوص عليه في الأجناس، قضى بجواز بيع الماء ليس

^(١) وبالنظر إلى الثمن أربعة: مرابحة وهي بيع بمثل الثمن الأول والزيادة، وتولية وهي بيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة، ووضيعة وهي بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم، ومساومة وهو بيع بالثمن الذي يتفقان عليه، كذا في الهندية.

لغيره إبطاله؛ لأنه روي عن الثاني جواز بيع الماء بدون الأرض. (الفتاوى الأنقروبا ج ١ ص ٢٤٢).^(١)

٧١٧- العادة: يباع دود القز عند محمد - رحمه الله تعالى - وبيضه عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - في الصورتين، والفتوى على قول محمد - رحمه الله تعالى - من جواز بيع كليهما. (من البحر في البيع الفاسد ملخصاً).

٧١٨- المادة: بيع الكلاء الذي نبت في أرضه من غير إنباته باطل؛ لأنه ليس بمملوك^(٢) وكذا بيع الماء في الحوض أو البئر، كذا في فتاوى قاضيخان في البيع الباطل، وإن قطع الحشيش الذي نبت في أرضه فيجوز بيعه وله أن يسترده ممن أخذه، كذا في شرب التارخانية.

^(١) في هذه المادة مسائل:

الأولى: بيع الشرب تبعاً للأرض وهو جائز اتفاقاً.

والثانية: بيعه منفرداً فعادة الكتب على فساد، في ردالمحتار مطلب في بيع الشرب من باب البيع الفاسد: وظاهر الرواية فساد إلا تبعاً، وهو الصحيح كما في الشرح، فحكمه حكم الفاسد يملك بالتبض.

والثالثة: ضمانه بالإتلاف، في ردالمحتار: وأما ضمانه بالإتلاف بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو إحدى الروايتين، والفتوى على عدمه كما في الذخيرة، وهو صحيح كما في الظهيرية.

والرابعة: نفاذ الحكم بصحته، كذا في ردالمحتار.

^(٢) في التارخانية: وفي القدوري: ولا يجوز بيع الكلاء في أرضه، ولو ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلاء لم يجز بيعه، وما ذكر في القدوري يخالف ما ذكره في النوازل، وفي الاستحسان عن المتأخرين إذا نبت الكلاء فسقى رب الأرض وقام على ذلك ملك وجاز بيعه قبل الاحتشاش، ولو احتشاه إنسان بلا إذنه كان له الاسترداد، وهو مختار الصدر الشهيد، وذكر في اختلاف أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - إذا نبت الكلاء بإنباته جاز بيعه، آه. (ج ٨ ص ٣٢٨).

٧١٩- المادة: شراء الثمار على رؤوس الأشجار بصنفها لا يجوز وبصنف آخر بعد الإدراك يجوز. (في الثالث من بيوع الخلاصة ج ٣ ص ٣٠).

٧٢٠- المادة: بيعت جميع ما في هذا البيت والمشتري يعلم ما فيه جاز وإن لم يعلم لم يجز عندهما، ويجوز عند أبي يوسف، قنية في باب جهالة المبيع. (الفتاوى الأنقروية ج ٢ ص ٢٤٥).

٧٢١- المادة: إذا باع داراً ولم يبين حدودها جاز إذا كان المشتري يعرف حدودها، ولا يشترط معرفة جيرانها. (قاضيخان في البيع الفاسد على هامش الهندية ج ٢ ص ١٣٥).

٧٢٢- المادة: لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري، أو استهلكه، أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو هبة من آخر، أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً، أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصور (المجلة المادة - ٣٧٢).^(١)

^(١) في الصور التالية لا يفسخ فيها البيع الفاسد:

١ - إذا هلك المبيع في يد المشتري، أو لم يبق على حاله.

٢ - إذا استهلك المشتري.

٣ - إذا أخرجه المشتري من يده وباعه من آخر غير البائع بيعاً صحيحاً لازماً وإن لم يقبضه المشتري.

٤ - إذا وهبه المشتري من آخر وسلمه إليه.

٥ - إذا تصدق به على آخر.

٦ - إذا رهنه من آخر وسلمه إليه.

٧ - إذا توفي المشتري بعد أن أوصى به إلى آخر.

٨ - ٩ - إذا جعل بدل صلح، أو إجارة وخرج بذلك من ملك المشتري.

١٠ - إذا حصلت زيادة في المبيع متصلة غير متولدة منه بأن كان المبيع داراً فعمرت، أو عرصة فغرست أشجاراً، أو لباساً فصنع، أو خيطاً أو نحو ذلك. =

٧٢٣- المادة: إذا فسخ البيع الفاسد فإن كان البائع قبض الثمن كان للمشتري أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن ويسترده من البائع. (المجلة المادة - ٣٧٣)

بيع التلجنة^(١)

٧٢٤- المادة: بيع التلجنة هو أن يخاف الرجل السلطان فيقول لأحد: إني أظهر أني بعت داري منك وليس ببيع في الحقيقة. (ردالمحتار ج ٤ ص ٢٧٢).

٧٢٥- المادة: التلجنة كالهزل^(٢) في الأحكام كما في المنار، فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع واتفقا على البناء أي بناء العقد على المواضعة يفسد البيع؛ لعدم الرضا بالحكم فصار كالبيع بالخيار المؤبد فلا يملك بالقبض، وإن اتفقا على الإعراض بأن قالوا بعد البيع: أعرضنا وقت البيع عن الهزل إلى الجدد فالبيع صحيح والهزل باطل، وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء عند البيع من البناء والإعراض أو اختلفا في البناء على المواضعة والإعراض عنها فالعقد صحيح عنده في الحالين خلافا لهما. (ردالمحتار ج ٤ ص ٢٧٢).

٧٢٦- المادة: وإن اختلفا فادعى أحد أن البيع كان تلجنة والآخر ينكر لا يقبل قول مدعي التلجنة إلا بينة ويستحلف الآخر، كذا في الخانية في أحكام البيع الفاسد. (هامش الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٩٣).

= ١١ - إذا تغير المبيع بأن كان برا فطحنه وجعله دقيقا، أو قطنا فنسجه.

ففي هذه الصور كلها يكون البيع الفاسد لازما ولا يبقى حق الفسخ والاسترداد ويكون المشتري ضامنا ببطل المبيع. (درر الحكام).

^(١) التلجنة هي ما ألجئ إليه الإنسان بغير اختياره، وبيع التلجنة هو أن يظهر عقدًا وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل، وما في المادة هو مثال له.

^(٢) الهزل هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة، وهو ضد الجدد وهو أن يراد ما وضع له أو ما صلح أنه ينافي اختيار الحكم والرضا به، كذا في ردالمحتار، وتفصيل بيع التلجنة وبيان أقسامه وأحكامه في ردالمحتار مطلب في بيع التلجنة. (ج ٤ ص ٢٧٢).

البيع بالوفاء^(١)

٧٢٧- المادة: البيع بالوفاء أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين متى قضيته فهو لي أو علي أن تبيعني متى جئت بالثمن، ردالمحتار ملخصاً وعقد له في جامع الفصولين فصلاً مستقلاً، وذكره صاحب الفوائد في الباب الرابع في البيع الفاسد في أكثر من نصف كراسته. ^(٢)

٧٢٨- المادة: البيع بالوفاء في حكم الرهن لا يملكه ولا يتفع به إلا بأذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقي للبائع استرداده إذا قضى دينه، وقيل: إنه بيع صحيح يفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بعه، قال الزيلعي في الإكراه: وعليه الفتوى، كذا في ردالمحتار، وقال مشايخ بخاري: البيع بالوفاء بمنزلة البيع الفاسد وأنه يفيد الملك عند القبض، كذا في الأنقروية، والمختار أنه رهن وهو قول أكثر المشايخ، وأفتى به ابن كمال وأبو سعود. ^(٣)

تم تحقيق معين القضاة والمفتين وتعليقه في (١٤٤١/٣/٩) هـ بتوفيق الله تعالى الحمد لله على تمامه والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وأصحابه أجمعين.

^(١) وجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن، وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح؛ لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ المشتري أكل ربه، وبعضهم يسميه بيع المعاملة، ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشترطه الدائن لينفع به بمقابلة دينه، كذا في ردالمحتار.

^(٢) كذا في ردالمحتار مطلب في بيع الوفاء ج ٤ ص ٢٧٤ وفيه تفصيل أقوال العلماء فليراجع إليه.

^(٣) هامش الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٩٤.

مكتوبات عمر رضي الله تعالى عنه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نختم تحقيق الكتاب وتعليقه بإيراد مكتوبات أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - إلى قضائه - رضي الله تعالى عنهم -؛ لأنها جامعة لكثير من آداب القضاء وأصول المحاكمة.

المكتوب الاول

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى رقم (٢٠٥٣٧) قال: وَأَخْبَرَنَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْخَافِظُ، ثنا أَبُو الْعَبَّاسِ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ، ثنا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاقَ الصَّغَانِيُّ، ثنا ابْنُ كُنَاسَةَ، ثنا جَعْفَرُ بْنُ بُرْقَانَ، عَنْ مَعْمَرِ الْبَصْرِيِّ، عَنْ أَبِي الْعَوَّامِ الْبَصْرِيِّ، قَالَ: كَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا - : " إِنَّ الْقَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ، وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ، فَافْهَمْ إِذَا أَدْلَيْتَ إِلَيْكَ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكْلُمُ حَقٍّ لَا نَفَازَ لَهُ، وَآسَ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَقَضَائِكَ حَتَّى لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي خَيْفِكَ، وَلَا يَيْئَسَ ضَعِيفٌ مِنْ عَذْلِكَ، الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ، وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا، وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا غَائِبًا أَوْ بَيِّنَةً فَاضْرِبْ لَهُ أَمَدًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ فَإِنْ جَاءَ بِبَيِّنَةٍ أَعْطَيْتَهُ بِحَقِّهِ، فَإِنْ أَعْجَزَهُ ذَلِكَ اسْتَخْلَلْتَ عَلَيْهِ الْقَضِيَّةَ، فَإِنْ ذَلِكَ أَبْلَغَ فِي الْعُذْرِ، وَأَجْلَى لِلْعَمَى، وَلَا يَمْنَعُكَ مِنْ قَضَاءِ قَضِيَّتِهِ الْيَوْمَ فَرَاغَتْ فِيهِ لِرَأْيِكَ، وَهَدَيْتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ، أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقُّ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ لَا يُبْطَلُ الْحَقُّ شَيْءٌ، وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ وَالْمُسْلِمُونَ عُذُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الشَّهَادَةِ، إِلَّا مَجْلُودٌ فِي حَدٍّ، أَوْ مُجَرَّبٌ عَلَيْهِ شَهَادَةُ الزُّورِ، أَوْ ظَنِينٌ فِي وِلَاءٍ أَوْ قَرَابَةٍ؛ فَإِنَّ اللَّهَ - عَزَّ وَجَلَّ - تَوَلَّى مِنَ الْعِبَادِ السَّرَائِرَ، وَسَتَرَ عَلَيْهِمُ الْخُدُودَ إِلَّا بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ، ثُمَّ الْفَهْمُ الْفَهْمُ فِيمَا أَدْلَيْتَ إِلَيْكَ، مِمَّا لَيْسَ فِي قُرْآنٍ وَلَا سُنَّةٍ، ثُمَّ قَاسِ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ، وَاعْرِفِ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْبَاهَ، ثُمَّ اعْمِدْ إِلَى أَحَبِّهَا إِلَى اللَّهِ فِيمَا تَرَى،

وَأَشْبَهَهَا بِالْحَقِّ، وَإِيَّاكَ وَالْعُصْبَ، وَالْقَلْقَ وَالشَّجَرَ، وَالتَّأْدِيَّ بِالنَّاسِ عِنْدَ الْخُصُومَةِ، وَالتَّشْكُرَ؛
فَإِنَّ الْقَضَاءَ فِي مَوَاطِنِ الْحَقِّ يُوجِبُ اللَّهُ لَهُ الْأَجْرَ، وَيُخَسِّلُ بِهِ الدُّخْرَ، فَمَنْ خُلِصَتْ بَيْنُهُ فِي
الْحَقِّ، وَلَوْ كَانَ عَلَى نَفْسِهِ كِفَاةُ اللَّهِ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ، وَمَنْ تَزَيَّنَ لَهُمْ بِمَا لَيْسَ فِي قَلْبِهِ
مِثْلَهُ اللَّهِ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا يَقْبَلُ مِنَ الْعِبَادَةِ إِلَّا مَا كَانَ لَهُ خَالِصًا وَمَا ظَنُّكَ بِثَوَابِ غَيْرِ
اللَّهِ فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ، وَخَزَائِنِ رَحْمَتِهِ؟

والسلام

ورواه كثيرون بالفاظ متغايرة، ومعانيها متفقة

(الشرح)

(إِنَّ الْقَضَاءَ قَرِيبَةٌ مُخَكَّمَةٌ) أي مقطوع بها ليس فيها احتمال نسخ (وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ)
أي طريقة مسلوكة في الدين يحب اتباعها (فَافْهَمْ إِذَا أَدْلَى إِلَيْكَ) أي الخصومة، والإدلاء
رفع الخصومة إلى الحاكم، والفهم إصابة الحق فمعناه عليك ببذل المجهود في إصابة الحق
إذا أدلى إليك.

وقيل: معناه استمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده، وبهذا يؤمر كل قاضٍ
لأنه لا يتمكن من تميز المحق من المبطل إلا بذلك، وربما يجري على لسان أحد الخصمين
ما يكون فيه إقرار بالحق لخصمه فإذا فهم القاضي ذلك أنفذه وإذا لم يفهم ضاع وإليه إشارة
في قوله: (فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمُ حَقٍّ لَا تَقَادُ لَهُ).

وقيل: المراد استمع إلى كلام الشهود وافهم مرادهم؛ فإنهم يتكلمون بالحق بين
يديك، وإنما يظهر منفعة ذلك حين ينفذه القاضي.

(وَآسَ بَيْنَ النَّاسِ) معناه سو بين الخصوم، الناسي في اللغة التسوية، وفيه دليل على
أن على القاضي أن يسوي بين الخصوم إذا تقدموا إليه اتفقت مللهم أو اختلفت؛ لأن اسم
الناس يتناول الكل، ويسوي بينهم فيما ذكر بقوله: (فِي وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَقَضَائِكَ) يعني

في النظر إليهم والإقبال عليهم وفي جلوسهم بين يديك حتى لا تقدم أحدهم على الآخر وفي قضائك بينهم، وحكي أن أبا يوسف - رحمه الله تعالى - قال: في مناجاته عند موته اللهم إن كنت تعلم أنني ما تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة فاغفرها لي. قيل: وما تلك الحادثة؟ قال: ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنني أن أمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحابة مع خصمه، ولكنني رفعت النصراني إلى جانب البساط بقدر ما أمكنني ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس، فهذا كان جوري، وليعلم أن هذا من أهم ما ينبغي للقاضي أن ينصرف إليه في العناية؛ لما أشار إليه بقوله: (حَتَّى لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي خَيْفِكَ، وَلَا يَتَّأَسَّ ضَعِيفٌ مِنْ عَذْلِكَ) الحيف هو الظلم قال الله تعالى: {أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولَهُ} [النور - ٥٠]؛ فإنه إذا قدم الشريف طمع في ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيئأس من عدله، وربما يتمكن الشريف عند هذا التقديم من التليس ويعجز الضعيف عن إثبات حقه بالحجة، والقاضي هو المسبب لذلك بإقباله على أحدهما وترك التسوية بينهما في المجلس، وأيضاً يصير به متهماً بالميل إلى أحدهما وهو مأمور بالتحرز عن ذلك بأقصى ما يمكنه.

(الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ) قد بين العلماء: أن الحكمة في كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر أن جانب المدعي ضعيف؛ لأن دعواه تخالف الأصل، وهو أن الأصل براءة الدمة، فكُلِّفَ بالحجة القوية وهي البينة؛ لبعدها عن التهمة، وجانب المنكر "المدعى عليه" قوي؛ لموافقة الأصل المذكور فاكتمى منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين؛ لقربها من التهمة، فجعلت الحجة القوية في الجانب الضعيف، والضعيفة في الجانب القوي؛ ليحصل التعادل بينهما.

(وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ؛ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا) فيه دليل جواز الصلح، وإشارة إلى أن القاضي ينبغي له دعاء الخصمين إلى الصلح، قال ابن عابدين في

ردالمحتار: لأن القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مهما أمكن، وفي البيري عن خزائن الأكمل: إذا طمع القاضي في إرضاء الخصمين لا بأس بردهم، ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردهما أكثر من مرتين وإن لم يطمع أنفذ القضاء اهـ.

وقد وصف الله تعالى الصلح بأنه خير فقال - عز وجل -: {والصلح خير} [النساء ١٢٨] وذليل النهاية في الخيرية.

والصلح جائز مع الإقرار والإنكار والسكوت، وقال الشافعي - رحمه الله تعالى -: لا يجوز الصلح مع الإنكار، واستدل بهذا الحديث؛ لأن المدعي إن كان مبطلاً فآخذ المال كان حراماً عليه والصلح يحل له ذلك، وإن كان محقاً والصلح يكون على بعض الحق عادة فما زاد على ذلك إلى تمام حقه كان أخذه حلالاً له قبل الصلح وحرم عليه بعد الصلح، وكان حراماً على الخصم منعه قبل الصلح وأحل له ذلك بالصلح.

قلنا: ليس المراد هذا بل المراد تحليل محرم العين أو تحريم ما هو حلال العين بأن وقع الصلح على خمر أو خنزير أو في خصومة الزوجات صالح إحداهن على أن لا يطأ الأخرى، أو صالح زوجته على أن يحرم أمته على نفسه، فهذا هو الصلح الذي حرم حلالاً أو أحل حراماً، وهذا باطل عندنا.

(وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا غَائِبًا، أَوْ بَيِّنَةً فَاضْرِبْ لَهُ أَمَدًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ) فيه دليل على أن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه، حتى إذا قال المدعي: بيني في المصر. أمهله القاضي ليأتي بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الأول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم، وبعد ما أقام المدعي البينة إذا ادعى المدعي عليه الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه؛ فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله، قال ابن عابدين في ردالمحتار: المدعي إذا استمهل من القاضي حتى يحضر بينة فإنه يمهل، وكذا إذا أقام البينة ثم إن المدعي عليه استمهل من القاضي، حتى يأتي بالدفع فإنه

يجيبه، ولا يعجل بالحكم اه وهذا بعد ان يسأله عن الدفع وكان صحيحا فلو فاسدا لا يمهله، ولا يلتفت إليه كما في قاضي خان، آه.

لكن يلزم ان يكون الإمهال مدة فيها مراعاة الجالين فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع، وتطويل المدة إضرار بمن ألبت حقه وخير الأمور أوسطها.
(فَإِنْ جَاءَ بَيِّنَةٌ أَغْطَيْتُهُ بِحَقِّهِ، فَإِنْ أَعْجَزَهُ ذَلِكَ اسْتَحْلَلْتَ عَلَيْهِ الْقَضِيَّةَ) إن كان مراده دعوى الدفع فهو أوضح؛ لأنه إذا عجز عن إثبات ما ادعى من الدفع وجه القاضي إليه القضاء بينة المدعي، وما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه؛ لأن الحجة إنما تقوم عليه إذا ظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة.

وإن كان مراده جانب المدعي فمعنى قوله: استحلت عليه القضية ألزمته الكف عن أذي الناس والخصومة من غير حجة.

(فَإِنْ ذَلِكَ أَبْلَغُ فِي الْعُذْرِ، وَأَجْلَى لِلْعَمَى) أي لأنه أبلغ في العذر للقاضي عند توجه القضاء عليه، وأحسن لإزالة الاشتباه؛ لأنه إذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرًا له ساكنًا، وإذا لم يمهله انصرف شاكرًا منه يقول: مال إلى خصمي ولم يستمع حجتي ولم يمكنني من إثبات الدفع عنده.

(وَلَا يَمْنَعُكَ مِنْ قَضَاءِ قَضِيَّتِهِ الْيَوْمَ فَرَاغَتْ فِيهِ لِرَأْيِكَ، وَهَدَيْتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ، أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقَّ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ، لَا يَبْطُلُ الْحَقُّ شَيْئًا، وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ) فيه دليل على أنه إذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه بأن خالف قضاؤه النص أو الإجماع أو قول إمامه فعليه أن ينقضه ولا ينبغي أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك؛ فإن مراقبة الله تعالى في ذلك خير له، وهذا ليس في حق القاضي خاصة بل هو عام في كل من يبين لغيره شيئًا من أمور الدين فالواعظ والمفتي والقاضي في ذلك سواء إذا تبين له أنه زل فليظهر رجوعه عن ذلك؛ فإن زلة العالم سبب لفئة الناس، كما قيل: إن زلة العالم زلة العالم، ولكن هذا في حق القاضي أوجب؛ لأن القضاء ملزم.

وقوله لأن الحق قديم: يعني هو الأصل المطلوب، ولأنه لا تنكتم بركة من زل بل يظهر لا محالة فإن يظهره بنفسه كان أحسن حالاً عند العقلاء من أن تُظهر عليه مع إصراره على الباطل.

(وَالْمُسْلِمُونَ عُذُولٌ بَغْضُهُمْ عَلَى بَغْضِي فِي الشَّهَادَةِ) هذا دليل لأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - على جواز القضاء بشهادة المستور قبل سؤال القاضي عنه إذا لم يطعن الخصم فيه، صفة العدالة ثابتة لكل مسلم بإعتبار اعتقاده؛ فإن دينه يمنعه من الإقدام على ما يعتقده الحرمة فيدل على أنه صادق في شهادته؛ فإن الكذب في الشهادة محرم في اعتقاد كل مسلم، في حديث الترمذي عَنْ أَيْمَنَ بْنِ خُرَيْمٍ، أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَامَ خَطِيبًا فَقَالَ: يَا أَيُّهَا النَّاسُ عَدَلْتُ شَهَادَةَ الزُّورِ إِشْرَاكًا بِاللَّهِ ثُمَّ قَرَأَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - { فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ } [الحج - ٣٠].

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى -: يسأل القاضي عنهم وإن لم يطعن الخصم فيهم، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان فقد كان أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يفتي في القرن الثالث، وقد شهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بصدقه وخيرته، في حديث البخاري عَنْ عَبْدِ اللَّهِ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ -، عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَجِيءُ أَقْوَامٌ تَسْبِقُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمْ يَمِينَهُ، وَيَمِينُهُ شَهَادَتُهُ» قَالَ إِبْرَاهِيمُ: «وَكَاثُوا يَضْرِبُونَنَا عَلَى الشَّهَادَةِ، وَالْعَهْدِ».

فكان الغلبة للعدول في ذلك الوقت والعصر، فلذا كان يكفي بظاهر العدالة، وهما كانا يفتيان بعد ذلك في القرن الذي شهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - على أهله بظهور الكذب بقوله - صلى الله عليه وسلم -: «ثُمَّ يَفْشُو الْكَذِبُ حَتَّى إِنَّ الرَّجُلَ لَيَبْتَدِي بِالشَّهَادَةِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا، كَمَا فِي رَوَايَةِ أَحْمَدَ وَغَيْرِهِ، فَكَانَ الْغَلْبَةُ فِي عَصَرِهِمَا لغير العدول فقالا: لا بد للقاضي أن يسأل عن حال الشهود طعن فيهم الخصم أو لم يطعن.

قال في درر الحكام: إذا كان سبب الاختلاف لاسيما عن تغير الزمان فيعمل بقول الإمامين كالحكم بظاهر العدالة.

قال في الدر المختار: ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم إلا في حد وقود، وعندهما يسأل في الكل إن جهل بحالهم، بحر، سرا وعلنا به يفتى وهو اختلاف زمان؛ لأنهما كانا في القرن الرابع، ولو اكتفى بالسر جاز مجمع وبه يفتى سراجية، آه.

وفي ردالمحتار: (قوله به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل في الكل، قال في البحر: والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنه في الكل وإلا سأل في الحدود والقصاص، وفي غيرها محل الاختلاف. وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما في هذا الزمان كذا في الهداية انتهى.

(إِلَّا مَجْلُودٌ فِي حَدٍّ) المراد المحدود في قذف، وقد ذكر في بعض الروايات إلا مجلداً حداً في قذف، فهو دليل لنا على أن المحدود في القذف لا تقبل شهادته وإن تاب، وإن العدالة المعبرة لأداء الشهادة تنعدم بإقامة حد القذف عليه، كما أشار الله تعالى إليه في قوله: {وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا} [النور—٤].

(أَوْ مُجَرَّبٌ عَلَيْهِ شَهَادَةُ الزُّورِ) فإنه إذا عرف منه شهادة الزور فقد ظهر منه الجنابة في هذه الأمانة، ومن ظهرت جنابته في شيء لا يؤتمن على ذلك الشيء، ولأنه ظهر منه ارتكاب الكبيرة على ما روى البخاري عن أنس بن مالك، عَنِ النَّبِيِّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-، قَالَ: " أَكْبَرُ الْكَبَائِرِ: الْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ، وَقَتْلُ النَّفْسِ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ، وَقَوْلُ الزُّورِ، - أَوْ قَالَ: وَشَهَادَةُ الزُّورِ " فلم يبق عدالته وأهليته للشهادة (أَوْ ظَنِّينَ) أي متهم (فِي وَلَايَةٍ) بفتح الواو هو الذي ينتمي إلى غير مواليه.

(أَوْ قُرَابَةٍ) قال القاري في المرقاة: ولا ظنين في قرابة، وهو الذي ينتسب إلى غير أبيه، أو إلى غير ذويه، وإنما رد شهادته؛ لأنه ينفي الوثوق به عن نفسه، كذا قاله بعض

علمانا من الشراح. وقال المظهر: يعنى من قال: أنا عتيق فلان وهو كاذب فيه بحيث يتهمه الناس في قوله: ويكذبونه لا تقبل شهادته؛ لأنه فاسق؛ لأن قطع الولاء عن المعتق وإثباته لمن ليس بمعتقه كبيرة، وراكبها فاسق. وكذلك الظنين في القرابة، وهو الداعي القائل: أنا ابن فلان، أو أنا أخو فلان من النسب، والناس يكذبونه فيه، انتهى.

(فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ تَوَلَّى مِنَ الْعِبَادِ السَّرَائِرَ، وَسَتَرَ عَلَيْهِمُ الْخُذُودَ إِلَّا بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيِّمَانِ) يعنى أن المحقق والمبطل ليس للقاضي طريق إلى معرفته حقيقة؛ فإن ذلك غيب لا يعلمه إلا الله تعالى، ولكن الطريق للقاضي إلى المعرفة العمل بما يظهر عنده من الحجة وإليه أشار في قوله: "ودرا عنكم بالبينات" كما في رواية الدارقطني، يعنى درا عنكم اللوم في الدنيا والإثم والعقوبة في الآخرة، وهو معنى ما روى ابن المقرئ في معجمه عن شريح قال: «الْقَضَاءُ جَمْعَةٌ فَتَنْحَهَا عَنْكَ بِعُودَيْنِ» يعنى شهادة الشاهدين واليمين.

(لَمْ يَفْهَمِ الْفَهْمَ فِيمَا أَذْلَى إِلَيْكَ، مِمَّا لَيْسَ فِي قُرْآنٍ وَلَا سُنَّةٍ) المراد من الفهم الاجتهاد هذا في القاضي الذي له رأي ونظر، وأما من لا رأي ولا نظر له فعليه تقليد مجتهديه، فاللازم للقاضي المقلد أن يصرف العناية إلى معرفة جزئيات الفقه وأقوال الأئمة وعرف الناس؛ فإنه مأمور بالتثبت ممنوع عن المجازفة خصوصاً فيما لا نص فيه من الحوادث وإليه إشارة في قوله: مما ليس في القرآن ولا سنة، فعند ذلك لا يجد بداً من التأمل وطريق تأمله ما أشار إليه بقوله: ثُمَّ قَاسِيَ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ، وَاعْرِفَ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْيَاءَ) أي ثم قيس الأمور عند ذلك، فهو دليل لجمهور الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أن القياس حجة؛ فإن الحوادث كلها لا توجد في الكتاب والسنة بصراحة بخلاف ما يقوله أهل الظواهر.

(لَمْ اَعْمِذْ إِلَى أَحَبِّهَا إِلَى اللَّهِ فِيمَا تَرَى، وَأَشَبَّهَهَا بِالْحَقِّ) هذا هو طريق القياس أن ترد حكم الحادثة إلى أقرب الأشياء معنى.

(وَإِيَّاكَ وَالْغَضَبَ، وَالْقَلْقَ وَالضُّجْرَ) الضجر والقلق هما نوعان من إظهار الغضب: فالقلق الحدة، والضجر رفع الصوت في الكلام فوق ما يحتاج إليه، والقاضي منهي عن ذلك؛ لأن ذلك يكسر قلب الخصم ويمنعه من إقامة حجته، ويشبهه على القاضي بسببه طريق الإصابة، وربما لا يفهم كلام أحد الخصمين عند ذلك.

(وَالثَّأْدِيَّ بِالنَّاسِ عِنْدَ الْخُصُومَةِ، وَالتَّنَكُّرَ) يعني لا يجوز للقاضي التأذي بالناس عند الخصومة لا بالقول ولا بالفعل، وكذا التنكر وهو أن يقطب وجهه إذا تقدم إليه خصمان، فإن فعل ذلك مع أحدهما فهو جور، وإن فعله معهما ربما عجز المحق عن إظهار حقه فذهب وترك حقه.

(فَإِنَّ الْقَضَاءَ فِي مَوَاطِنِ الْحَقِّ يُوجِبُ اللَّهُ لَهُ الْأَجْرَ، وَيُخَيِّنُ بِهِ الدُّخْرَ) يعني القضاء في مجالس الحكم بالحق يوجب الله تعالى له الأجر، فالحلم وترك الضجر والقلق وإظهار البشر مع الناس محمود في كل موضع، وفي مجلس القضاء أولى بعد أن يكون فعله ذلك لوجه الله تعالى لا لغيره.

(فَمَنْ خَلَصَتْ نِيَّتُهُ فِي الْحَقِّ وَلَوْ كَانَ عَلَى نَفْسِهِ كِفَاةُ اللَّهِ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ) فإن عون الله تعالى للعبد على قدر نيته.

عَنْ عَوْنٍ، قَالَ: " كَانَ الْفُقَهَاءُ يَتَوَاصَوْنَ بَيْنَهُمْ بِثَلَاثٍ، وَيَكْتُبُ بِذَلِكَ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ: مَنْ عَمِلَ لِآخِرَتِهِ كَفَاهُ اللَّهُ دُنْيَاهُ، وَمَنْ أَصْلَحَ سَرِيرَتَهُ أَصْلَحَ اللَّهُ عِلَاقَتَهُ، وَمَنْ أَصْلَحَ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ أَصْلَحَ اللَّهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ " ذكره أبو نعيم في الحلية.

وفي كتاب سالم بن عبد الله بن عمر إلى عمر بن عبد العزيز: وَإِنَّمَا الْعَوْنُ مِنَ اللَّهِ عَلَى قَدْرِ النِّيَّةِ، فَإِذَا تَمَّتْ نِيَّةُ الْعَبْدِ تَمَّ عَوْنُ اللَّهِ لَهُ، وَمَنْ قَصُرَتْ نِيَّتُهُ قَصُرَ مِنَ اللَّهِ الْعَوْنُ لَهُ بِمَقْدَرِ ذَلِكَ، رواه أبو نعيم في الحلية.

(وَمَنْ تَزَيَّنَ لَهُمْ بِمَا لَيْسَ فِي قَلْبِهِ شَأْنَهُ اللَّهُ) يعني إذا رأى عمله، والمراة مذمومة حرام على كل أحد، وهو في حق القاضي أكد؛ لأنه غير محتاج إلى ذلك، وإنما بفعل المراة ذلك عند حاجته، ولأنه خليفة الرسول - صلى الله عليه وسلم - فيما يحكم بين الناس فيسمى له أن يكون أشبه الناس بالرسول - صلى الله عليه وسلم - وهو كان أبعد الناس عن المراة والنفاق وقوله (شأنه الله) أي يفضحه الله تعالى على رؤوس الأشهاد، روى مسلم عن ابن عباس، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «مَنْ سَمِعَ اللَّهَ بِهِ، وَمَنْ رَأَى رَأَى اللَّهَ بِهِ».

(فَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا يَقْبَلُ مِنَ الْعِبَادَةِ إِلَّا مَا كَانَ لَهُ خَالِصًا) لأنه تعالى أغنى الشركاء، والمراني بعمله يقصد اكتساب محمداً أو منال شيء مما في أيدي الناس، فلا يقبل الله تعالى منه ما قصد به غيره.

(وَمَا ظَنُّكَ بِثَوَابٍ غَيْرِ اللَّهِ فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ وَخَزَائِنِ رَحْمَتِهِ) معناه ما ظنك بثواب غير الله تعالى في مقابل عاجل رزق الله تعالى وخزائن رحمته فالعاقل إذا قابل ما هو موعود له من الله تعالى عند التقوى والإخلاص بما يطمع فيه من جنة الناس ترجع ما عند الله تعالى لا محالة، وذلك عاجل الرزق كما قال الله تعالى: { مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ } [الطلاق - ٢-٣] والمغفرة والرحمة كما قال الله تعالى: { إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ } [الأعراف - ٥٦] أي المتقين.

والله تعالى أعلم ،

أخذت أكثر ما في شرح هذا الحديث من المبسوط للسرخسي - رحمه الله تعالى -.

(١٤٤١/٣/٩) هـ

المكتوب الثاني

٢- أخرج الإمام أبو يوسف في الخراج عن عُرْوَةَ بْنِ زُوَيْمٍ قَالَ: كَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ -رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ- إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ وَهُوَ بِالشَّامِ: "أَمَّا بَعْدُ: فَإِنِّي كَتَبْتُ إِلَيْكَ بِكِتَابِكَ لَمْ آلُكَ وَنَفْسِي خَيْرًا، أَلَزِمَ خَمْسَ خِلَالٍ يَسْلَمُ لَكَ دِينُكَ وَتَحْتَظُّ بِأَفْضَلِ حَظِّكَ، إِذَا حَضَرَكَ الْخَصْمَانِ فَعَلَيْكَ بِالْبَيِّنَاتِ الْعُدُولِ وَالْإِيمَانِ الْقَابِطَةِ، ثُمَّ أَذِنِ الضَّعِيفَ حَتَّى تُبَسِّطَ لِسَانَهُ وَيَجْتَرِيَ قَلْبُهُ، وَتَعَهَّدِ الْغَرِيبَ؛ فَإِنَّهُ إِذَا طَالَ حَبْسُهُ تَرَكَ حَاجَتَهُ وَانْصَرَفَ إِلَى أَهْلِهِ، وَإِنَّ الَّذِي أَبْطَلَ مَنْ لَمْ يَرْفَعْ بِهِ رَأْسًا وَاحْرَضَ عَلَى الصُّلْحِ مَا لَمْ يَسْتَبِنْ لَكَ الْقَضَاءُ، وَالسَّلَامُ".

الشرح

(حتى تبسط لسانه) لأن هيئة مجلس القضاء ربما يمنع الضعيف عن التكلم بحقه، فعلى القاضي أن يشجعه على التكلم بحقه (فإن طال حبسه) أي طالت إقامته وبعده عن أهله من أجل هذه الدعوى (ترك حاجته) أي حقه (وإن الذي أبطل من لم يرفع به رأسًا) أي إنما أبطل حقه من لم يراع غريته وسفره وهو الحاكم فكان الحاكم هو مبطل حقه (واحرص على الصلح ما لم يستبن لك القضاء) القيد ليس احترازيًا؛ لأن التحريض على الصلح أفضل وإن ظهر للقاضي وجه القضاء؛ لأنه جاء أن عمر -رضي الله تعالى عنه- قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا؛ فإن فصل القضاء يورث بين القوى الضغائن" رواه ابن أبي شيبة في مصنفه. لكن التحريض على الصلح إذا لم يستبن للقاضي وجه القضاء أهم وكذا إذا كان بين المتخاصمين قرابة.

المكتوب الثالث

٣ - أخرج الدارمي عن شريح، أن عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَتَبَ إِلَيْهِ: " إِنْ جَاءَكَ شَيْءٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَاقْضِ بِهِ وَلَا تَلْفِتْكَ عَنْهُ الرِّجَالُ، فَإِنْ جَاءَكَ مَا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَانْظُرْ سُنَّةَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، فَاقْضِ بِهَا، فَإِنْ جَاءَكَ مَا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ سُنَّةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، فَانْظُرْ مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ النَّاسُ فَخُذْ بِهِ، فَإِنْ جَاءَكَ مَا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَلَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَلَمْ يَتَّكِلْمْ فِيهِ أَحَدٌ قَبْلَكَ. فَاخْتَرِ أَيَّ الْأَمْرَيْنِ شِئْتَ: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَجْتَهِدَ بِرَأْيِكَ ثُمَّ تَقْدَمَ فَتَقْدَمَ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَتَأَخَّرَ، فَتَأَخَّرَ، وَلَا أَرَى التَّأَخُّرَ إِلَّا خَيْرًا لَكَ.

الشرح

اعلم أنه يثبت من هذا الحديث أن مصادر الأحكام القضائية هي كتاب الله وسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والإجماع والقياس وعليها العمل من عهد الخلفاء الراشدين - رضي الله تعالى عنهم - إلى يومنا هذا.

المكتوب الرابع

٤ - في البيان والتبيين: عن عامر الشعبي، قال: كتب عمر إلى معاوية: أما بعد فإني كتبت إليك بكتاب في القضاء لم آلك ونفسي فيه خيرا، ألزم خمس خصال يسلم لك دينك، وتأخذ فيه بأفضل حظك: إذا تقدم إليك خصمان فعليك بالينة العادلة، أو اليمين القاطعة. وأذن الضعيف حتى يشتد قلبه وينبسط لسانه. وتعهد الغريب؛ فإنك إن لم تعهده ترك حقه، ورجع إلى أهله، وإنما ضيع حقه من لم يرفق به، وآس بينهم في لحظك وطرفك، وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستبين لك فصل القضاء.

المكتوب الخامس

هـ - وفي المبسوط للسرخسي: وعن شريح، أن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - كتب إليه: أن لا تشار ولا تمار ولا تضار ولا تبيع ولا تتاع في مجلس القضاء ولا ترتشي ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان.

الشرح

قوله (لا تشار) في المبسوط للسرخسي: منهم من يروي بالشين قالوا: المراد المشورة أنه لا ينبغي للقاضي في مجلس القضاء أن يشتغل بالمشورة وليكن ذلك في آخره فإنه إذا اشتغل بالمشورة في مجلس القضاء ربما يشتبه طريق الفصل عليه وربما يظن جاهل أنه لا يعرف حتى يسأل غيره فيزدري به، والأظهر بالسين "لا تسار" معناه لا يسار القاضي أحد الخصمين؛ لأن ذلك يكسر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل من حيث أن خصمه يظن أنه فيما يسار بصاحبه على رشوة ولذلك لا يسار غير الخصمين في مجلس القضاء؛ لأن مجلس القضاء يجمع الناس ومسارة الاثنين في مثل هذا المجلس تؤدي إلى فتنة الآخرين قال - صلى الله عليه وسلم -: إذا كان القوم ثلاثة فلا تناجي إثنان دون الثالث؛ فإن ذلك يحزنه، قوله (ولا تضار) من الضرر أي لا يقصد الإضرار بالخصوم في تأخير الخروج ولا ينقص الخصوم في استعجاله ليعجز عن إقامة حجته وفي رفع الصوت عليه أو في أخذه بسقط من كلامه إن زل فلمجالس القضاء من المهابة والحشمة ما يعجز كل أحد عن مراعاة جميع الحدود في الكلام، فإذا لم يعرض القاضي عن بعض ما يسمع كان ذلك منه مضارة والقاضي منهي عن ذلك، وفيه دليل على أنه لا يشتغل بالبيع والشراء في مجلس القضاء؛ لأن بذلك ينقص حشمة مجلس القضاء، ولأنه مجلس إظهار الحق وبيان أحكام الدين فلا ينبغي أن يخلط به شيء من عمل الدنيا، وقوله (لا يرتشي) المراد الرشوة في الحكم وهو حرام قال - صلى الله عليه وسلم -: "الراشي والمرتشي في النار" وعلقمة ومسروق أنهما سئلا ابن مسعود عن الرشوة فقال هي السحت قالوا أفى الحكم ذلك قال ذلك الكفر ثم تلا هذه

الآية {وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ} [المائدة: ٤٤] أخرجه الإمام أحمد في الإيمان وفي قوله: (ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان) دليل على أن القاضي ينبغي أن لا يشتغل بالقضاء في حال غضبه ولكنه يصبر حتى يسكن ما به؛ فإنه مأمور بأن يقضي عند اعتدال حاله، ولهذا ينمحي عن القضاء إذا كان جائعا أو كظيظا من الطعام أو كان يدافع الأخشين؛ لأنه ينعدم به اعتدال الحال فكذلك بالغضب ينعدم اعتدال الحال وربما يجري على لسانه في غضبه ما لا ينبغي أن يسمع الناس ذلك منه وربما يتغير لونه على وجه لا ينبغي أن يراه الناس على تلك الصفة، أو إذا ظهر به الغضب عجز صاحب الحق عن إظهار حقه بالحجة؛ خوفا منه ولهذا قلنا: يقوم أو ينحي الناس عن قربه حتى يسكن ما به وهذا إذا كان يعتريه ذلك في بعض الأوقات، فإن كان ذلك من عادته وذلك نوع من الحدة التي قال فيها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: تعترى الحدة خيار أمتي. أخرجه الطبراني في الكبير عن ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما- فلا يكف عند ذلك عن القضاء؛ لأنه لا يلتبس به عقله ولا يشبه عليه وجه القضاء بخلاف ما يعتريه من الغضب في بعض الأوقات .

هذا تمام تحقيق الكتاب بعون الملك الوهاب، والحمد لله الذي أنزل الكتاب، وصلى الله على سيدنا محمد الأمين، وعلى آله وصحبه والتابعين، وسلم إلى يوم الدين، اللهم اغفر لي ولوالدي ولجميع المؤمنين، آمين يارب العالمين

- ١ مقدمة التحقيق والتعليق
- ٢ (مشروعية القضاء)
- ٢ (حكم القضاء وحكمته وفضله)
- ٦ خطبة الكتاب
- ١٠ المقالة الأولى في الأحكام العدلية
- ١٠ الباب الأول في بيان الكليات التي يرجع إليها كثير من مسائل القضاء
- ١٠ ١- المادة: الأمور بمقاصدها.
- ١٠ ٢- المادة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.
- ١١ ٣- المادة: اليقين لا يزول بالشك.
- ١٢ ٤- المادة: الأصل إبقاء ما كان على ما كان.
- ١٣ ٥- المادة: القديم يترك على قدمه.
- ١٣ ٦- المادة: الضرر لا يكون قديماً.
- ١٤ ٧- المادة: الأصل براءة الدمة.
- ١٥ ٨- المادة: الأصل في الصفات العارضة العدم.
- ١٦ ٩- المادة: ما ثبت بزمان يحكم بيقاله ما لم يوجد دليل على خلافه.
- ١٦ ١٠- المادة: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.
- ١٧ ١١- المادة: الأصل في الكلام الحقيقة.
- ١٧ ١٢- المادة: لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.
- ١٨ ١٣- المادة: لا مسامح للاجتهاد في مورد النص.
- ١٩ ١٤- المادة: ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

- ١٥- المادة: الاجتهاد لا ينقض بمثله. ١٩
- ١٦- المادة: المشقة تجلب التيسر. ٢٠
- ١٧- المادة: الأمر إذا ضاق السع. ٢١
- ١٨- المادة: لا ضرر ولا ضرار. ٢١
- ١٩- المادة: الضرر يزال. ٢٢
- ٢٠- المادة: الضرورات تبيح المحظورات. ٢٢
- ٢١- المادة: الضرورات تنقلر بقدرها. ٢٣
- ٢٢- المادة: ما جاز بعذر بطل بزواله. ٢٣
- ٢٣- المادة: إذا زال المانع عاد الممنوع. ٢٤
- ٢٤- المادة: الضرر لا يزال بمثله. ٢٤
- ٢٥- المادة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. ٢٤
- ٢٦- المادة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. ٢٥
- ٢٧- المادة: إذا تعارض مفسدتان تدفع أعظمها ضرراً يارتكاب أخفهما. ٢٥
- ٢٨- المادة: يختار أهون الشرين. ٢٦
- ٢٩- المادة: درء المفاسد أولى من جلب المنافع. ٢٦
- ٣٠- المادة: الضرر يدفع بقدر الإمكان. ٢٦
- ٣١- المادة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة وخاصة. ٢٧
- ٣٢- المادة: الاضطرار لا يطل حق الغير. ٢٧
- ٣٣- المادة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه. ٢٨
- ٣٤- المادة: ما حرم فعله حرم طلبه. ٢٩

- ٣٥- المادة: العادة محكمة. ٢٩
- ٣٦- المادة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها. ٣٠
- ٣٧- المادة: الممتع عادة كالممتع حقيقة. ٣٠
- ٣٨- المادة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان. ٣١
- ٣٩- المادة: الحقيقة ترك بدلالة العادة. ٣٢
- ٤٠- المادة: إنما تعبر العادة إذا أطردت أو غلبت. ٣٢
- ٤١- المادة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر. ٣٢
- ٤٢- المادة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. ٣٣
- ٤٣- المادة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. ٣٣
- ٤٤- المادة: التعيين بالعرف كالعين بالنص. ٣٤
- ٤٥- المادة: إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع. ٣٤
- ٤٦- المادة: التابع تابع. ٣٥
- ٤٧- المادة: التابع لا يفرد بالحكم. ٣٥
- ٤٨- المادة: من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته. ٣٥
- ٤٩- المادة: إذا سقط الأصل سقط الفرع. ٣٦
- ٥٠- المادة: الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود. ٣٧
- ٥١- المادة: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه. ٣٧
- ٥٢- المادة: إذا بطل الأصل يصار إلى البدل. ٣٧
- ٥٣- المادة: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها. ٣٨
- ٥٤- المادة: يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء. ٣٨

- ٥٥- المادة: البقاء أسهل من الابتداء..... ٣٩
- ٥٦- المادة: التبرع لا يتم إلا بالقبض..... ٣٩
- ٥٧- المادة: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة..... ٤٠
- ٥٨- المادة: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة..... ٤٠
- ٥٩- المادة: إعمال الكلام أولى من إهماله..... ٤٢
- ٦٠- المادة: إذا تعددت الحقيقة يصار إلى المجاز..... ٤٢
- ٦١- المادة: إذا تعذر إعمال الكلام يهمل..... ٤٣
- ٦٢- المادة: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله..... ٤٤
- ٦٣- المادة: المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يتم دليل القيد نصاً أو دلالة..... ٤٤
- ٦٤- المادة: الوصف في الحاضر لغو وفي الغالب معتبر..... ٤٥
- ٦٥- المادة: السؤال معاد في الجواب..... ٤٦
- ٦٦- المادة: لا ينسب إلى الساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان..... ٤٦
- ٦٧- المادة: دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه..... ٤٧
- ٦٨- المادة: الكتاب كالخطاب..... ٤٨
- ٦٩- المادة: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان..... ٤٨
- ٧٠- المادة: يقبل قول المترجم مطلقاً..... ٤٩
- ٧١- المادة: لا عبرة بالظن البين خطأؤه..... ٤٩
- ٧٢- المادة: لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل..... ٥٠
- ٧٣- المادة: لا عبرة للتوهم..... ٥١
- ٧٤- المادة: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان..... ٥١

- ٧٥- المادة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر..... ٥٢
- ٧٦- المادة: البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل..... ٥٣
- ٧٧- المادة: البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة..... ٥٣
- ٧٨- المادة: المرء مؤاخذ بإقراره..... ٥٣
- ٧٩- المادة: لا حجة مع التناقض لكن لا يخل مع حكم الحاكم..... ٥٤
- ٨٠- المادة: قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل..... ٥٥
- ٨١- المادة: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط..... ٥٥
- ٨٢- المادة: يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان..... ٥٦
- ٨٣- المادة: المواعيد بصورة التعاليق لازمة..... ٥٧
- ٨٤- المادة: الخراج بالضمان..... ٥٧
- ٨٥- المادة: الأجر والضمان لا يجتمعان..... ٥٨
- ٨٦- المادة: الغرم بالغنم..... ٥٩
- ٨٧- المادة: النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة..... ٥٩
- ٨٨- المادة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً..... ٥٩
- ٨٩- المادة: إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر..... ٦٠
- ٩٠- المادة: الجواز الشرعي ينافي الضمان..... ٦١
- ٩١- المادة: المباشر ضامن وإن لم يعتمد..... ٦٢
- ٩٢- المادة: المتسبب لا يضمن إلا بالاعتماد..... ٦٢
- ٩٣- المادة: جناية العجماء جبار..... ٦٢
- ٩٤- المادة: الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل..... ٦٣

٩٥ - المادة:	لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه.	٦٣
٩٦ - المادة:	لا يجوز لأحد أن يأخذ مال الغير بلا سبب شرعي.	٦٤
٩٧ - المادة:	تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات.	٦٤
٩٨ - المادة:	من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.	٦٥
٩٩ - المادة:	من سعى في نقض ما تم من جهته فسعه مردود عليه.	٦٥
الباب الثاني في الدعوى وما يتعلق بها.		٦٧
الفصل الأول		٦٧
أنواع الدعوى		٦٨
شروط صحة الدعوى		٦٨
بيان المستثبات التي تصح الدعوى فيها مع جهالة المدعى به.		٧٠
بقية شرائط صحة الدعوى:		٧٠
المسائل التي تصح فيها الدعوى مع التناقض		٧٣
بيان الأمور التي يرتفع التناقض بها		٧٣
الفصل الثاني في بيان أنواع المدعى به وما يجب في كل منها		٧٨
دعوى العقار		٧٨
دعوى العبن المنقول		٧٨
دعوى العبن المنقول القائم الذي لا يحتاج في إحضاره إلى مؤنة		٧٨
دعوى المنقول الذي له حمل ومؤنة يمكن إحضاره مجلس القضاء		٧٩
دعوى القائم الذي لا يمكن نقله إلى مجلس القضاء كقطيع غنم أو صبرة بر		٧٩
دعوى المنقول الهالك		٧٩

٨٠	دعوى المنقول الغالب الذي لا يدري قيامه من هلاكه
٨٠	دعوى الدين
٨١	دعوى النسب
٨٣	الفصل الثالث في أحكام الدعوى
٨٣	من يكون خصماً ومن لا يكون خصماً
٨٣	الأصل الأول
٨٤	الأصل الثاني
٨٥	الأصل الثالث
٨٩	الأصل الرابع
٨٩	الأصل الخامس
٨٩	الأصل السادس
٩٠	الفصل الرابع في بيان من يجب حضوره عند الخصومة
٩٣	الفصل الخامس في دفع الدعاوي
٩٣	الدفع على قسمين: مقبولة وغير مقبولة:
٩٥	الدفع المقبولة
٩٩	الفصل السادس في الفرق بين المدعي والمدعى عليه
١٠٠	الباب الثالث في الشهادة
١٠٠	الفصل الأول
١٠٠	حكم أداء الشهادة
١٠١	محل وجوب أداء الشهادة

١٠٢	مصاب الشهادة
١٠٣	الفصل الثاني في كيفية أداء الشهادة
١٠٧	الفصل الثالث في بيان شروط الشهادة الآلية
١٠٧	الشرط الأول والثاني
١٠٧	الشرط الثالث والرابع
١٠٨	الشرط الخامس
١٠٨	الشرط السادس
١٠٨	الشرط السابع
١٠٩	الشرط الثامن
١١٠	الشرط التاسع
١١٠	الشرط العاشر
١١٢	الاختلاف بين الشهادة والدعوى
١١٥	الفصل الرابع في الاختلاف بين الشهادتين
١١٨	الفصل الخامس في الحكم بشهادة غير العدول للضرورة
١١٩	الباب الرابع في تعارض الينات
١١٩	الفصل الأول
١٢٠	الفصل الثاني في أحكام النكاح
١٢٣	مسائل النفقات
١٢٣	مسائل الوقف
١٢٣	مسائل البيع

مسائل السلم	١٢٥
مسائل الشهادات	١٢٥
المغرقات	١٢٦
الفصل الثالث في بيان الأمور التي تقبل فيها الشهادة بالتسامع	١٢٨
الفصل الرابع في الشهادة على الشهادة	١٣٢
الفصل الخامس في كيفية تحميل الشهادة على الشهادة	١٣٢
شروط التحميل	١٣٢
الفصل السادس في تزكية الشهود	١٣٤
الجرح على الشهود	١٣٥
الفصل السابع في كيفية السؤال عن حال الشهود	١٣٧
السؤال السري	١٣٧
السؤال الجهري	١٣٨
الفصل الثامن في تحليف الشهود	١٤١
تفريق الشهود	١٤٢
الرجوع عن الشهادة	١٤٣
الفصل التاسع في شروط تضمين الشاهد	١٤٥
الفصل العاشر في الشهادة على الإرث	١٤٦
الفصل الحادي عشر في تعزيز شاهد الزور	١٤٨
الفصل الثاني عشر في أجره المزكي والمشخص والمبعوث للتعديل	١٤٩
الباب الخامس في الإفراز	١٥٠

١٥٠	الفصل الأول في تعريف الإقرار وشرائط صحته
١٥٣	الفصل الثاني في إقرار المريض وتعريف مرض الموت
١٥٦	الفصل الثالث في بيان الإقرار بالكتابة
١٥٩	الفصل الرابع في بيان المسائل التي يعد السكوت فيها إقراراً حكماً
١٦٢	الفصل الخامس في إقرار السكران
١٦٣	الباب السادس في النكول
١٦٣	الفصل الأول في شرائط اليمين
١٦٤	بيان المستحبات التي تجب اليمين فيها من غير طلب المدعي
١٦٦	الفصل الثاني في بيان الأمور التي لا تحلف فيها عند الإمام
١٦٧	الأشياء التي يحلف فيها مع إقامة البينة
١٦٨	الفصل الثالث في التحليف على العلم أو البتات
١٧٠	الفصل الرابع في كيفية اليمين
١٧٣	الفصل الخامس في التحالف
١٧٤	الباب السابع في الحجج الخطية والقرينة القاطعة
١٧٦	الباب الثامن في علم القاضي
١٧٧	الباب التاسع في الوكالة بالخصومة
١٨٠	الباب العاشر في الصلح والإبراء
١٨٠	الفصل الأول
١٨٣	الفصل الثاني في الصلح عن الأعيان
١٨٥	الفصل الثالث في أحكام الإبراء

١٨٦	الباب الحادي عشر في التحكيم
١٨٨	الباب الثاني عشر في القضاء
١٨٨	الفصل الأول
١٩٢	الفصل الثاني في مسائل تقليد القضاء
١٩٥	الفصل الثالث في أنواع القضاء
١٩٥	الفصل الرابع في الكلام على القاضي المجتهد
١٩٦	الفصل الخامس في الكلام على القاضي المقلد
١٩٧	الفصل السادس في أقسام القضاء وما يرد منها وما لا يرد
١٩٨	الفصل السابع في قضاء القاضي بشهادة الزور
٢٠٠	الفصل الثامن في رجوع القاضي عن حكمه
٢٠١	المواضع التي يجوز للقاضي فيها تأخير الحكم
٢٠٢	الباب الثالث عشر في التعزير
٢٠٥	الباب الرابع عشر في السجن
٢٠٩	المقالة الثانية في أحكام المناكحات
٢٠٩	الباب الأول في النكاح
٢٠٩	الفصل الأول
٢١١	الفصل الثاني في المحرمات
٢١٢	الفصل الثالث في الأولياء والأكفاء وغيرهما
٢١٦	الفصل الرابع في المهر
٢١٧	الفصل الخامس في الطلاق

٢٢١.....	الفصل السادس في الخلع
٢٢٣.....	الفصل السابع في الإيلاء والظهار
٢٢٤.....	الفصل الثامن في اللعان
٢٢٦.....	الفصل التاسع في العنين وغيره
٢٢٨.....	الفصل العاشر في العدة
٢٣١.....	الفصل الحادي عشر في الحضانة
٢٣٣.....	الفصل الثاني عشر في ثبوت النسب
٢٣٦.....	الفصل الثالث عشر في أحكام النفقة
٢٣٩.....	الفصل الرابع عشر في زوجة المفقود والمجنون والمرد والغائب
٢٣٩.....	حكم زوجة المفقود
٢٤٩.....	المقالة الثالثة في الحدود
٢٤٩.....	الفصل الأول في حد الزنا
٢٤٩.....	شروط إثبات الحد في الزنا
٢٥٢.....	والحد بالإقرار أيضاً لا يثبت إلا بالشروط
٢٥٦.....	الفصل الثاني في حد القذف
٢٥٩.....	الفصل الثالث في حد الشرب
٢٥٩.....	وحده الشرب مشروط بشروط
٢٦١.....	الفصل الرابع في حد السرقة
٢٦٢.....	ثم للقطع شروط متى تحققت وجب القطع وإلا فلا يقطع
٢٦٧.....	الفصل الخامس في حد السرقة الكبرى

المقالة الرابعة في المالية	٢٧١
الباب الأول في الشركة	٢٧١
احكام شركة العنان	٢٧٤
الباب الثاني في الوقف	٢٧٧
للقف شروط لا يصح بدونها	٢٧٧
الباب الثالث في البيع	٢٨٣
تعريفات	٢٨٤
شروط البيع	٢٨٧
كيفية بيع البيع	٢٨٨
التصرف قبل القبض في البيع أو الثمن	٢٨٩
التليم والتلم	٢٩٠
مكان التليم	٢٩٠
مؤنة التليم	٢٩١
هلاك المبيع	٢٩٢
المقبوض على سوم الشراء وسوم النظر	٢٩٣
خيار الشرط	٢٩٤
خيار الوصف	٢٩٦
خيار النقد	٢٩٧
خيار التعيين	٢٩٨
خيار الرؤية	٣٠٠

٣٠٢	خيار الميب
٣٠٦	الغن والتحرير
٣٠٧	احكام أنواع البيوع
٣١٠	بيع الثلجثة
٣١١	البيع بالوفاء
٣١٢	مكتوبات عمر رضى الله تعالى عنه
٣١٢	المكتوب الاول
٣٢٢	المكتوب الثانى
٣٢٣	المكتوب الثالث
٣٢٣	المكتوب الرابع
٣٢٤	المكتوب الخامس